ескія

ки

Юридическія Записки

издаваемыя
Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ.

1912 г. Вып. III (XIII).

Подъ редакціей:

Б. А. Кистяковскаго, А. Р. Свирщевскаго,
Л. С. Таля и В. Н. Ширяева.

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ:

В. М. Гордона, Харьковъ, **А. И. Елистратова**, Москва, **Ѳ. Ѳ. Кокошкина**, Москва, **Л. І. Петражицкаго**, С.-Петербургъ, **І. А. Покровскаго**, С.-Петербургъ, **Ѳ. В. Тарановскаго**, Юрьевъ, **М. И. Туганъ-Барановскаго**, С.-Петербургъ, **Г. С. Фельдштейна**, Москва, **Бар. А. Л. Фрейтага-Лоринговена**, Юрьевъ.

ЯРОСЛАВЛЬ.
1912.

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ Лицея *В. Щегловъ*.

Типографія Губернскаго Правленія

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Къ вопросу о системѣ „Духа законовъ" Монтескье и ея философскихъ источникахъ.

Е. Спекторскаго.

«Духъ законовъ» Монтескье хорошо изученъ съ юридической, политической и соціологической стороны, а также какъ памятникъ французской словесности XVIII вѣка. Но съ методологической и вообще чисто философской стороны онъ еще далеко не вполнѣ изслѣдованъ. Спеціалистовъ-обществовѣдовъ эта сторона дѣла вообще мало занимала. Спеціалисты же по философіи обыкновенно полагали, что Монтескье — это просто публицистъ и только публицистъ, болѣе или менѣе беззаботно въ методологическомъ отношеніи классифицировавшій формы правленія нѣсколько иначе, чѣмъ Аристотель, далѣе, открывшій въ Англіи, кажется, ошибочную теорію раздѣленія властей, вѣроятно, утрировавшій вліяніе климата на человѣческія дѣла и, наконецъ, дававшій болѣе или менѣе удачные законодательные совѣты по всевозможнымъ вопросамъ. Между тѣмъ несомнѣнно, что Монтескье былъ не только публицистомъ, но и философомъ — и притомъ не только въ томъ, быть можетъ, слишкомъ широкомъ и снисходительномъ смыслѣ, въ какомъ въ XVIII вѣкѣ репутаціею «философовъ» пользовались даже иные французскіе журналисты и памфлетисты, но и въ иномъ болѣе значительномъ смыслѣ. Объ этомъ свидѣтельствуетъ уже первая глава первой книги «Духа законовъ», трактующая «о законахъ въ ихъ отношеніи къ различнымъ существамъ». Бентамъ былъ правъ, когда онъ отмѣчалъ неясность и туманность того понятія закона, которое пытается здѣсь установить Монтескье; но онъ, несомнѣнно, ошибался, не желая видѣть въ су-

ществѣ затронутаго здѣсь вопроса какихъ бы то ни было, какъ онъ презрительно выразился, «метафизическихъ мистерій» [1]); онъ ошибался не менѣе, чѣмъ Детю де Траси, который, признавая только традиціонное юридическое понятіе закона, рѣшительно отвергалъ попытку Монтескье видѣть въ законахъ «отношенія» и въ «отношеніяхъ» законы [2]). Въ дѣйствительности Монтескье здѣсь касается одного изъ величайшихъ если не метафизическихъ, то философскихъ вопросовъ—о единой и общей закономѣрности міровъ физическаго, психическаго и моральнаго; и такимъ образомъ онъ съ самаго же начала ставитъ своему изслѣдованію задачу, идущую гораздо дальше того скромнаго «труда чистой политики и чистой юриспруденціи», о которомъ онъ писалъ въ «Защитѣ Духа законовъ» [3]). Можно согласиться, что научная философія Монтескье не совсѣмъ ясна и послѣдовательна. Можно согласиться и съ тѣмъ, что она не самостоятельна, такъ что въ данномъ отношеніи, какъ и во многихъ другихъ, далеко не подтверждается гордый эпиграфъ книги: prolem sine matre creatam. Но нельзя отрицать факта прикосновенности Монтескье къ вопросамъ научной философіи.

Гдѣ философія, тамъ и методологія. Слѣдовалъ ли Монтескье какой-нибудь научной методѣ? Вольтеръ отрицалъ существованіе какой бы то ни было методы въ «Духѣ законовъ» [4]). Но также ошибался, какъ и Бентамъ, отрицавшій существованіе какихъ бы то ни было философскихъ проблемъ въ «Духѣ законовъ». У этой книги есть методологія, и очень интересная, какъ въ историческомъ, такъ и въ принципіальномъ отношеніи. Но только она находится въ скрытомъ состоя-

---

1) См. Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais. Bruxelles, 1829, томъ I, стр. 41.

2) Une loi n'est pas un rapport et un rapport n'est pas une loi... Nous entendons par une loi, une règle prescrite à nos actions par une autorité que nous regardons comme ayant le droit de faire cette règle (Commentaire sur l'Esprit des lois de Montesquieu, Paris, 1819, стр. 1).

3) Oeuvres, édit. Laboulaye, VI, 141.

4) См. L'A, B, C: je suis fâché que ce livre soit un labyrinthe sans fil, et qu'il n'y ait aucune méthode (Oeuvres, XXVII, 1879, ст. 314). Ср. Siècle de Louis XIV (Oeuvres, XIV, 1878, стр. 108): le défaut continuel de méthode dans cet ouvrage.

ніи. И самъ Монтескье, повидимому, не совсѣмъ ясно сознавалъ ее—ибо онъ принадлежалъ къ числу тѣхъ писателей, которые не договариваютъ до конца своихъ послѣднихъ словъ и предоставляютъ это позднѣйшей, конечно конгеніальной критикѣ. Il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet, qu'on ne laisse rien á faire au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser, говоритъ онъ въ главѣ XX книги XI своего труда. Методологію «Духа законовъ» приходится угадывать. О замыслѣ автора приходится заключать на основаніи выполненія, слѣдуя въ данномъ случаѣ указанію самого Монтескье: si l'on veut chercher le dessein de l'auteur, on ne le peut bien découvrir que dans le dessein de l'ouvrage.

I.

Для того, чтобы угадать методологію «Духа законовъ», необходимо подвергнуть сомнѣнію ту безпорядочность и хаотичность этого произведенія, о которой такъ любятъ говорить главнымъ образомъ историки изящной литературы, когда они пишутъ о Монтескье. Монтескье, увѣряетъ, напримѣръ, Брюнетьеръ,—это отрывочный, фрагментарный геній [1]); «Духъ законовъ»—это даже совсѣмъ не книга [2]); и не легко рѣшить, каковъ настоящій предметъ этой работы [3]). Въ «Духѣ законовъ», пишетъ Фагэ, нѣтъ плана, нѣтъ системы [4]), и нѣтъ ящиковъ ни въ темпераментѣ ни въ умѣ Монтескье [5]); книга его—это «громадный и блестящій міръ, которому недостаетъ закона тяготѣнія» [6]). Въ такого рода качествахъ какъ книги, такъ и ея автора историки литературы видятъ не недостатокъ, а напротивъ, достоинство, особую прелесть, которая роднитъ Монтескье съ его гасконскимъ землякомъ Монтенемъ; c'est

---

[1]) Études critiques sur l'histoire de la littérature française, Quatrième série, deuxième édition, Paris, 1894, стр. 260.

[2]) Тамъ же, 258.

[3]) Тамъ же, 252.

[4]) Dix-huitième siècle, Vingt-cinquième édition, стр. 157.

[5]) Тамъ же, стр. 165.

[6]) Тамъ же, стр. 140.

Michel Montaigne législateur, писалъ о Монтескье уже Вольтеръ [1]).

Все это было бы субъективно извинительно и объективно правильно, если бы Монтескье имѣлъ въ виду сдѣлать своимъ «Духомъ законовъ» не болѣе, какъ вкладъ въ изящную литературу. Но его намѣренія шли гораздо дальше. И онъ не напрасно выпустилъ изъ окончательной редакціи «Духа законовъ» воззваніе къ мужамъ въ началѣ XX книги. Не хотѣлъ онъ также ограничиться хаотическою политическою хрестоматіею. Онъ хотѣлъ дать законченное ученіе о государствѣ и о законахъ. А для этого необходима была извѣстная система.

Монтескье вообще сознавалъ необходимость порядка, системы, даже извѣстной симметріи въ литературныхъ произведеніяхъ. Il ne suffit pas de montrer à l'âme beaucoup de choses, il faut les lui montrer avec ordre, писалъ онъ въ «Опытѣ о вкусѣ» [2]). Il est dans la nature—писалъ онъ тамъ же—qu'un tout soit achevé, et l'âme qui voit ce tout, veut qu'il n'y ait point de partie imparfaite. C'est encore pour cela qu'on aime la symétrie; il faut une espèce de pondération ou de balancement [3]). Изъ-за любви къ симметріи Монтескье во время своего путешествія по Германіи нашелъ красивымъ городъ Маннгеймъ съ его квадратными кварталами, напоминающими шахматную доску, и совсѣмъ не замѣтилъ красоты сосѣдняго Гейдельберга, живописно разбросаннаго по берегамъ Неккара [4]).

Забота о системѣ, о симметріи, о единствѣ плана, какъ признается самъ Монтескье въ предисловіи къ «Духу законовъ», преслѣдовала его все время, пока онъ работалъ надъ этою книгою: j'ai bien des fois commencé, et bien des fois abandonné cet ouvrage; j'ai mille fois envoyé aux vents les feuilles que j'avais écrites; je sentais tous les jours les mains paternelles tom-

---

[1]) L'A, B, C (Oeuvres, XXVII, 1879, стр. 314).
[2]) Oeuvres, Laboulaye, VII, 122.
[3]) Тамъ же, 125.
[4]) Voyages de Montesquieu, Bordeaux, 1894—6, томъ II, стр. 164 и 166.

ber; je suivais mon objet sans former de dessein, je ne connaissais ni les règles ni les exceptions; je ne trouvais la vérité que pour la perdre. И было бы несправедливо предполагать, какъ это дѣлаютъ иные критики, что Монтескье такъ и не нашелъ той системы, которую онъ такъ мучительно искалъ, и что, послѣ продолжительной, но безплодной обработки сырого матеріала, онъ, чувствуя упадокъ силъ и приближеніе смерти, кое-какъ связалъ свои отрывки въ одно цѣлое, такъ что получился организмъ безъ скелета, получилось произведеніе, объединенное личностью автора, но не единствомъ плана. Это было бы несправедливо уже просто потому, что самъ Монтескье категорически заявилъ, что онъ нашелъ таки объединяющія, синтетическія начала для своего матеріала, и не одинъ разъ повторялъ, что въ его книгѣ все согласовано, все укладывается въ опредѣленныя рамки. Quand j'ai découvert mes principes, tout ce que je cherchois est venu à moi, заявляетъ онъ уже въ предисловіи. Tout se plie à mes principes, пишетъ онъ въ 6 главѣ XXVIII книги. Книга его представляетъ, съ одной стороны, строго логическую цѣпь разсужденій [1]), съ другой стороны, воспроизводитъ порядокъ вещей [2]); и въ этомъ порядкѣ Монтескье подчеркиваетъ однообразіе и постоянство: chaque diversité est uniformité, chaque changement est constance [3]).

Такимъ образомъ самъ Монтескье несомнѣнно считалъ «Духъ законовъ» систематическимъ произведеніемъ, хотя, какъ это вообще свойственно многимъ авторамъ, онъ въ глубинѣ души и признавался, что выполненіе его книги не стояло на высотѣ замысла [4]). Но какова система этой книги, онъ такъ и не указалъ. Уже современники не нашли въ ней никакой системы. И

---

[1]) Dans les livres de raisonnement, on ne tient rien, si on ne tient toute la chaîne (Défense de l'Esprit des lois, Oeuvres, Laboulaye, VI, 198).

[2]) Dans cette foule d'idées qui se presentent à mon esprit, je serai plus attentif à l'ordre des choses, qu'aux choses mêmes (Esprit des lois, Livre XIM, Chap. I).

[3]) Livre I, Chap. I.

[4]) J'ai la maladie de faire des livres et d'en être honteux quand je les ai faits (Pensées et fragments inédits de Montesquieu, Bordeaux, 1899—1901, томъ I, стр. 33).

утвержденіе Вольтера, что «Духъ законовъ»—это лабиринтъ безъ нити, стало повторяться почти всѣми безъ исключенія критиками позднѣйшихъ временъ. Тѣ немногіе историки литературы, которые смягчали этотъ взглядъ [1]), не пытались всетаки вдуматься въ планъ и архитектонику «Духа законовъ».

II.

Только въ самое послѣднее время нашлись изслѣдователи, которые спеціально занялись опроверженіемъ мнимой хаотичности «Духа законовъ» и вообще вопросомъ о системѣ этой книги. Особенно настойчиво это было сдѣлано не историкомъ литературы, а юристомъ, что вполнѣ естественно: юриспруденцію можно упрекать въ чемъ угодно, но только не въ безсистемности; а вѣдь Монтескье былъ юристъ какъ по образованію, такъ и по профессіи. Въ 1898 г. Баркгаузенъ, профессоръ публичнаго права въ томъ самомъ городѣ Бордо, гдѣ Монтескье былъ былъ нѣкогда президентомъ парламента, помѣстилъ въ Revue du Droit public статью Le désordre de l'Esprit des lois; статья эта затѣмъ была имъ включена въ книгу: Montesquieu, ses idées et ses oeuvres d'aprés les papiers de La Brède (Paris, Hachette, 1907). Почти одновременно съ юристомъ Баркгаузеномъ историкъ литературы Лансонъ занялся тѣмъ же вопросомъ—какъ въ статьѣ L'influence de la philosophie cartésienne sur la littérature française, помѣщенной въ Revue de métaphysique et de morale за 1896 г., такъ и въ 11-мъ изданіи своего труда Histoire de la littérature française. Въ чемъ же состоитъ, по мнѣнію этихъ авторовъ, система «Духа законовъ»?

Монтескье, какъ истинный легистъ, увѣряетъ Баркгаузенъ [2]), избралъ систему кодекса и раздѣлилъ свой трудъ на книги, главы и статьи. Чтобы раскрыть систему этого труда, необходимо выдѣлить тѣ книги,

[1]) См., напримѣръ, Eloge de Montesquieu par M. Villemain, Paris, 1816: si dans ce labyrinthe le fil se brise quelquefois, jamais le flambeau ne s'éteint.

[2]) Montesquieu, ses idées etc., стр. 222.

которыя, по заявленію самаго автора, являются не болѣе какъ приложеніями къ основному тексту: это 27-ая книга (римскіе законы о наслѣдованіи), 28-ая книга (французскіе законы) и, наконецъ, 30-ая и 31-ая книги (феодальные законы). Остаются, въ качествѣ основного текста, книги 1—26, а также 29. Главный и основной вопросъ, который здѣсь разбирается, это вопросъ о сохраненіи государствъ [1]). Первыя 13 книгъ посвящены постановкѣ такой именно проблемы (1-ая книга) и сохраненію четырехъ конститутивныхъ элементовъ каждаго государства, именно правительства (отъ 2-ой до 8-ой книги), территоріи (9-ая и 10-я), гражданъ (11-ая и 12-ая) и имуществъ (13-ая). Начиная съ 14-ой книги, Монтескье изучаетъ все тотъ же вопросъ—о сохраненіи государствъ, но уже въ связи съ ихъ средою—сначала физическою, т. е. климатомъ (книги 14——17) и почвою (книга 18), а потомъ моральною («общій духъ націи», книга 19). Начиная съ 20-ой книги, онъ изучаетъ сохраненіе обществъ въ зависимости отъ торговли (книги 20—22), семейныхъ отношеній (книга 23) и религіи (книги 24 и 25). Наконецъ, 26 и 29 книги посвящены примѣненію условій сохраненія государствъ. Et voilà à quoi se ramène le désordre de l'Esprit des Lois! патетически заключаетъ Баркгаузенъ [2]).

У Лансона система «Духа законовъ» представлена въ иномъ видѣ. Монтескье, увѣряетъ онъ, «устанавливаетъ сначала опредѣленія a priori; онъ изучаетъ различныя формы правленія абстрактно и основныя функціи управленія въ ихъ сущности, независимо отъ времени и мѣста; затѣмъ онъ вводитъ понятіе пространства и анализируетъ послѣдствія, которыя можетъ имѣть для обществъ положеніе въ пространствѣ (климатъ, почва, торговля, религія и т. п.). Затѣмъ онъ полагаетъ понятіе времени и въ послѣднихъ книгахъ развиваетъ нѣсколько примѣровъ измѣненія законовъ, ихъ исторической эволюціи въ одной и той же странѣ.

---

1) Стр. 256.

2) Стр. 265. См. тамъ же болѣе детальную и, кажется, черезчуръ схематизованную таблицу.

Въ концѣ сочиненія находится книга, посвященная объясненію приложенія, перехода отъ теоріи къ практикѣ»[1]). Сообразно съ этимъ тринадцать первыхъ книгъ посвящены «вещамъ самимъ по себѣ»; отъ 14-ой до 26-ой книги вещи разсматриваются въ пространствѣ; отъ 27-ой до 31-ой книги вещи разсматриваются во времени [2]). Въ такой системѣ, какъ подробнѣе упоминается ниже, Лансонъ видитъ вліяніе раціонализма XVII вѣка и особенно картезіанства.

Вотъ все, что до сихъ поръ сдѣлано по вопросу о системѣ «Духа законовъ». Можно не соглашаться съ догадками Баркгаузена и Лансона. Въ частности противъ догадки Лансона можно возразить, что у раціоналистовъ XVII вѣка идея по большей части неразрывно связана съ интуиціею, благодаря чему пространство вовсе не является вторичнымъ и привходящимъ элементомъ конструкціи въ соотвѣтственномъ духѣ. Кромѣ того, уже одинъ внѣшній видъ книги Монтескье, обильно насыщенной фактами, можетъ вызвать сомнѣнія относительно вліянія на нее картезіанства съ его отвращеніемъ къ отдѣльнымъ фактамъ. Но во всякомъ случаѣ нельзя не признать за упомянутыми авторами заслуги возбужденія вопроса. Теперь спрашивается, какое философское міровоззрѣніе лежитъ въ основаніи системы Монтескье?

III.

Баркгаузена этотъ вопросъ не занимаетъ совсѣмъ. Онъ вообще относится нѣсколько поверхностно къ философскимъ идеямъ и особенно къ ихъ преемственности: такъ, въ одной случайной и весьма далекой отъ категорическаго императива фразѣ «Духа законовъ» [3]) онъ съ торжествомъ усматриваетъ источникъ, изъ котораго Кантъ могъ будто бы непосредственно займ-

---

[1]) G. Lanson, Histoire de la littérature française. Onzième édition, Paris, 1909, стр. 715.

[2]) Revue de métaphysique et de morale, 1896, стр. 541.

[3]) Livre XV, Chap. IX: Voulez-vous savoir si les desirs de chacun sont légitimes? examinez les desirs de tous.

ствовать свой законъ морали [1]). Большое вниманіе удѣляетъ этому вопросу Лансонъ. Онъ видитъ главный и даже единственный источникъ систематическаго духа у Монтескье въ раціоналистической философіи XVII в. Авторъ «Духа законовъ» увѣряетъ онъ, разсуждаетъ о политическихъ фактахъ совершенно такъ же, какъ Декартъ о физическихъ явленіяхъ [2]). Онъ—типичный раціоналистъ. Опредѣленія, которыя онъ даетъ, совершенно апріорны и нисколько не предполагаютъ реальности соотвѣтственныхъ предметовъ: «если бы никогда не было ни монархіи, ни республики, ни олигархіи, ни деспотизма, то свойства и послѣдствія всѣхъ этихъ формъ правленія сохранились бы и построеніе Духа законовъ устояло бы» [3]). Онъ пользуется опытнымъ матеріаломъ только какъ своего рода фигурами, иллюстрирующими чисто логическую демонстрацію абстрактныхъ положеній [4]).

Эта характеристика очень остроумна и во многихъ отношеніяхъ вѣрна. Какъ замѣтилъ еще Б. Н. Чичеринъ, Монтескье дѣйствительно «отправляется не отъ наблюденія фактовъ» [5]). Но изъ этого еще далеко не слѣдуетъ, что Монтескье—сторонникъ чистаго апріоризма, столь типичнаго для картезіанской гносеологіи и методологіи, что онъ—эпигонъ раціонализма XVII в., и что, значитъ, система «Духа законовъ»—это система чистаго разума въ стилѣ Декарта, Мальбранша или Спинозы. У той довольно значительной доли апріоризма, которая несомнѣнно проявляется въ этой книгѣ, могутъ быть, какъ указано ниже, совсѣмъ иные, менѣе раціоналистическіе источники. Избытокъ разума казался Монтескье не всегда желательнымъ [6]). И по цѣлому ряду вопросовъ онъ сильно расходился съ методологіею

---

1) На стр. 247 своей книги Баркгаузенъ говоритъ объ этой фразѣ: il est, en effet, possible qu'elle ait inspiré à Kant l'idée du précepte essentiel de sa morale.

2) Revue de métaphysique et de morale, 1896, стр. 545.

3) Стр. 542.

4) Стр. 544.

5) Исторія политическихъ ученій, Часть II, стр. 356.

6) L'excès même de la raison n'est pas toujours désirable (Esprit des Lois, Livre XI, Chap. VI).

раціоналистовъ XVII вѣка, расходился не только фактически, но и принципіально.

Такъ, при всемъ своемъ широкомъ энциклопедизмѣ, Монтескье все же чуждался одной научной области, именно математики. А она-то и считалась, какъ извѣстно, образцомъ всякой научности у раціоналистовъ XVII вѣка. Въ этомъ отношеніи Монтескье совершенно расходился съ ними. Считая необходимою принадлежностью здраваго смысла разумѣніе оттѣнковъ вещей [1]), онъ осуждалъ математиковъ за то, что они признаютъ только истинное и ложное и не признаютъ середины, не признаютъ вѣроятнаго [2]). Въ этомъ отношеніи онъ былъ гораздо ближе къ Аристотелю, который, какъ извѣстно, въ началѣ «Этики» [3]) протестовалъ противъ математическаго ригоризма въ приложеніи къ областямъ, по существу дѣла не поддающимся точному доказательству. Въ своемъ нерасположеніи къ математическимъ истинамъ Монтескье шелъ такъ далеко, что, подобно инымъ новѣйшимъ «прагматистамъ», склоненъ былъ отрицать ихъ однозначность и объективность и видѣть въ нихъ не болѣе какъ порожденіе многозначныхъ субъективныхъ человѣческихъ интересовъ [4]). Что касается, въ частности, геометріи, этой гордости раціоналистовъ XVII вѣка, то свое не особенно сочувственное отношеніе къ ней Монтескье проявилъ уже въ «Персидскихъ письмахъ»: въ одномъ изъ нихъ онъ жалуется на тиранні̇ю геометровъ [5]); въ другомъ [6]) онъ

---

[1]) Le bon sens consiste beaucoup à connaître les nuances des choses (Défense de l'Esprit des lois, Oeuvres, Laboulaye, VI, 165).

[2]) Le mathématicien ne va que du vrai au vrai, du faux au vrai par les arguments ab absurdo. Ils ne connoissent pas ce milieu, qui est le probable, le plus ou le moins probable. Il n'y a pas, à cet égard, de plus ou de moins dans les mathématiques (Pensées et fragments inédits de Montesquieu, Bordeaux, 1899—1901, томъ I, стр. 459).

[3]) Этика, I, 1.

[4]) Les propositions mathématiques sont reçues comme vrayes parce que personne n'a intérêt qu'elles soyent fausses; et, quand on y a eu intérêt, c'est-à-dire quand quelqu'un a voulu, en en doutant, se faire chef de parti et entraîner, en les renversant, toutes les autres vérités, on en a douté: témoin Pyrrhon (Pensées et fragments, I, 459—60).

[5]) Lettre CXXXV:... les géomètres, qui obligent un homme, malgré lui, d'être persuadé, et le convainquent avec tyrannie (Oeuvres, Laboulaye, I, 419).

[6]) Lettre CXXVIII (тамъ же, 396 и слѣд.).

изображаетъ въ каррикатурномъ видѣ геометра—до того разсѣяннаго, что онъ сталкивается на улицѣ съ прохожими и что его приходится дергать за рукавъ, чтобы заставить заговорить; при этомъ геометръ проявляетъ чудовищно «регулярный духъ» и полное неумѣніе оріентироваться въ живой дѣйствительности—подобно тоже помѣшаннымъ на геометріи жителямъ каррикатурнаго острова Лапуты, такъ поразившимъ Гулливера у Свифта.

Неудивительно, что при такомъ отношеніи къ основнымъ принципамъ раціонализма XVII вѣка Монтескье не слишкомъ преклоняется передъ его корифеями. Такъ, что касается Декарта, то Монтескье, правда называетъ его «великимъ человѣкомъ» [1]) и признаетъ, что онъ «вышелъ изъ мрака старой философіи» [2]). Но все, что онъ счелъ необходимымъ отмѣтить въ своихъ бумагахъ объ этомъ философѣ, ограничивается только двумя мимолетными и, можетъ быть, даже ироническими замѣчаніями: во-первыхъ, о томъ, что до него у философіи не было доказательствъ безсмертія души [3]), а во-вторыхъ, о томъ, что, если бы онъ своевременно просвѣтилъ мексиканцевъ, то Кортецъ не завоевалъ бы ихъ [4]). Систему «опаснаго» [5]) Гоббеса Монтескье называетъ «ужасною» [6]) и ошибочною [7]). Лейбница онъ, разумѣется, совсѣмъ не знаетъ, подобно другимъ своимъ французскимъ современникамъ. Что касается Спинозы, то, поскольку онъ, какъ это часто имѣло мѣсто въ XVII вѣкѣ [8]), не заблуждался относительно сущности его философіи [9]), онъ рѣшительно осуждалъ его. Осу-

---

1) Défense de l' Esprit des lois (Oeuvres, Laboulaye, VI, 203).
2) Pensées et fragments, II, 152.
3) Тамъ же, I, 445.
4) Тамъ же, I, 389.
5) Pensées et fragments, I, 395.
6) Défense de l' Esprit des lois (Oeuvres, Laboulaye, VI, 144.
7) Тамъ же, 145: les erreurs de Hobbes.
8) См. нѣсколько примѣровъ на стр. 95 изслѣдованія автора настоящаго этюда «Проблема соціальной физики въ XVII столѣтій» (Т. I, 1910).
9) Такъ, напримѣръ, въ «Защитѣ Духѣ законовъ» Монтескье увѣрялъ: Spinosa admettoit un principe aveugle, qui gouvernoit l'univers (Oenvres, Laboulaye, VI, 144).

ждалъ какъ за натуралистическій детерминизмъ [1]), такъ и за раціонализмъ, благодаря которому Спиноза «только и говоритъ, что о чистомъ разумѣніи, о ясныхъ идеяхъ, о разумѣ, о принципахъ, о послѣдствіяхъ» [2]). Категорически отрекаясь отъ какой бы то ни было солидарности со Спинозою [3]), Монтескье, повидимому, вполнѣ удовлетворялся сенсуалистическими опроверженіями его системы [4]). Въ такомъ же духѣ онъ самъ опровергалъ Мальбранша: самосознаніе онъ сводилъ къ самочувствію [5]), философію души—къ сенсуализму [6]); и при этомъ онъ былъ такъ послѣдователенъ, что познаніе геометрическихъ фигуръ—этихъ, по увѣренію раціоналистовъ XVII вѣка, вѣчно присущихъ разуму образовъ всего сущаго—онъ объяснялъ щекотаніемъ, производимымъ тѣлами внѣшняго міра въ нашихъ «фибрахъ» [7])

[1]) Cependant, un grand génie m'a promis que je mourrai comme un insecte. Il cherche à me flatter de l'idée que je ne suis qu'une modification de la matière... Selon lui, je ne suis point un être distingué d'un autre être; il m'enlève tout ce que je me croyois de plus personnel... Ce même philosophe veut bien, en ma faveur, détruire en moi la liberté... Il m'honore jusqu'au point de vouloir que je sois un très grand scélérat sans crime et sans que personne ait droit de le trouver mauvais. J'ai bien des grâces à rendre à ce philosophe (Pensées et fragments, I, 395).

[2]) Mais ce qui achève de perdre le sublime parmi nous et nous empêche de frapper et d' être frappés, c'est cette nouvelle philosophie qui ne nous parle que de loix générales et nous ôte de l'esprit toutes les pensées particulières de la Divinité. Réduisant tout à la communication des mouvements, elle ne parle que d'entendement pur, d'idées claires, de raison, de principes, de conséquences. Cette philosophie, qui est descendue jusqu'à ce sexe qui ne semble être fait que pour l' imagination, diminue le goût que l'on a naturellement pour la poésie. Ce seroit bien pis si quelque peuple alloit s'infatuer du système de Spinoza: car, outre qu'il n'y auroit point de sublime dans l'agent, il n'y en auroit pas seulement dans les actions (Pensées et fragments, I, 222).

[3]) Il n'y a donc point de spinosisme dans l' Esprit des lois (Défense de l' Esprit des lois, Oeuvres, Laboulaye, VI, 147).

[4]) M. Queincy m'a parlé d'un ouvrage de métaphysique qu'il fait. Selon lui, toutes nos pensées sont des sensations. Il dit qu'il arrête Spinosa au premier moment, qui définit la substance: «ce qui existe nécessairement». Cette définition est un composé d'idées contradictoires: «existe nécessairement», est une notion générale; «ce qui» est un sujet particulier et une idée particulière. On ne peut donc tirer aucune conséquence de cette difinition (Pensées et fragments,, II 494).

[5]) Тамъ же, 481: Nous sentons même notre âme qui se réfléchit sur elle-mêmê, et qui s'aperçoit qu'elle pense sans doute dans elle.

[6]) Тамъ же, 479--80: L'âme est donc une philosophe qui commence à s'instruire, qui apprend à juger de ses sens mêmes et de la nature des avertissements qu'ils doivent lui donner.

[7]) Тамъ же, 477.

Соціальныя ученія раціоналистовъ XVII вѣка тоже далеко не всегда пользуются симпатіею Монтескье. Правда, относительно естественнаго права (о которомъ впрочемъ онъ говоритъ въ нѣсколько сбивчивыхъ выраженіяхъ) онъ высказывается въ духѣ раціонализма XVII вѣка, ссылаясь на неизмѣнныя свойства радіуса у круга, какъ на примѣръ и подтвержденіе неизмѣнности естественной справедливости [1]). Зато по вопросу о происхожденіи государства онъ рѣшительно отказывается отъ раціоналистической договорной теоріи. Правда, вторая глава первой книги «Духа законовъ» упоминаетъ между прочимъ и въ гипотетическомъ тонѣ о естественномъ состояніи. Зато въ «Персидскихъ письмахъ» онъ объявляетъ прямо «смѣшною» раціоналистическую теорію происхожденія государства и высказываетъ мысли, напоминающія ученіе Аристотеля [2]). Выдвигая семью, какъ основной ингредіентъ государства [3]), Монтескье приближается скорѣе къ Бодену, чѣмъ къ раціоналистамъ XVII вѣка съ ихъ склонностью къ атомистическому индивидуализму. Состояніе войны оказывается у него не догосударственнымъ, какъ у Гоббеса или Спинозы, а государственнымъ состояніемъ [4]). И вообще, какъ упомянуто выше, система Гоббеса рѣшительно отвергалась Монтескье.

Мы видимъ такимъ образомъ, что Монтескье былъ далекъ отъ того, чтобы всецѣло раздѣлять апріорную гносеологію раціоналистовъ XVII вѣка. Изъ этого однако нисколько не слѣдуетъ, что онъ ничего не взялъ

---

[2]) Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives; c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous ses rayons n'étoient pas égaux (Esprit des lois, Livre I, Chap. I).

[2]) Je n'ai jamais ouï parler du droit public qu'on n'ait commencé par rechercher soigneusement quelle est l'origine des sociétés; ce qui me paroît ridicule. Si les hommes n'en formoient point, s'ils se quittoient et se fuyoient les uns les autres, il faudroit en demander la raison et chercher pourquoi ils se tiennent séparés; mais ils naissent tous liés les uns aux autres; un fils est né auprès de son père, et il s'y tient: voilà la société et la cause de la société (Lettres persanes, XCIV, Oeuvres, Laboulaye, I, 301).

[3]) Esprit des lois, Livre I, Chap. III: La puissance politique comprend nécessairement l'union de plusieurs familles.

[4]) Тамъ же: Sitôt que les hommes sont en société, ils perdent le sentiment de leur faiblesse; l'égalité, qui étoit entre eux, cesse, et l'état de guerre commence.

отъ этого раціонализма. Онъ взялъ нѣчто такое, на что Лансонъ не обратилъ вниманія, именно ту позитивную и притомъ спеціально натуралистическую подкладку этого раціонализма [1]), которую авторъ настоящаго этюда пытался охарактеризовать въ первомъ томѣ своего изслѣдованія «Проблема соціальной физики въ XVII столѣтіи». Такъ, напримѣръ, когда Монтескье опредѣлялъ законы, какъ «необходимыя отношенія», вытекающія изъ «природы вещей» [2]), онъ шелъ по слѣдамъ XVII вѣка, изучавшаго, по аналогіи съ наукою объ отношеніяхъ между небесными тѣлами, отношенія между всякими иными предметами и провозгласившаго устами Мальбранша, что «всѣ истины—это только отношенія» [3])—отношенія между вещами и болѣе сложныя отношенія между ихъ отношеніями [4]). Что касается отношеній между людьми или между обществами, то Монтескье опять таки слѣдовалъ физицизму XVII вѣка съ его suum esse conservare, этою соціологическою аналогіею физической инерціи, когда полагалъ въ ихъ основу стремленіе къ самосохраненію [5]). Политическое и соціальное честолюбіе онъ уподоблялъ центробѣжной силѣ [6]). Нормальное соотношеніе трехъ политическихъ силъ онъ характеризовалъ, какъ систему чисто механическихъ противовѣсовъ, долженствующихъ, такъ сказать, автоматически регулировать государственную ма-

---

[1]) Уже въ «Персидскихъ письмахъ» Монтескье съ явнымъ сочувствіемъ выдвигаетъ именно эту сторону картезіанства (см. XCVIII письмо).

[2]) Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses (Esprit des lois, Livre I, Chap. I).

[3]) Recherche de la vérité, Livre VI, I Partie, Chap. V.

[4]) Тамъ же, Chap. IV.

[5]) La nature... emploie toute la force qui lui reste à se conserver (Lettres persanes, CXIV, Oeuvres, Laboulaye, I, 359). Les hommes, comme toutes les créatures qui tendent à conserves leur être (Lettres persanes, CXLIII, Laboulaye, I, 454). Les hommes étant faits pour se conserver (Esprit des lois, Livre XXIV, Chap. XI). La loi de la nature, qui fait que tout tend à la conservation des espèces (Esprit des lois, Livre X, Chap. III). Ceux-là (les états) ont droit de faire la guerre pour leur propre conservation (Livre X, Chap. II). Quoique tous les états aient en général un même objet, qui est de se maintenir (Livre XI, Chap. V).

[6]) Comme le monde physique ne subsiste que parce que chaque partie de la matière tend à s'éloigner du centre, aussi le monde politique se soutient-il par ce désir intérieur et inquiet que chacun a de sortir du lieu où il est placé (Pensées et fragments, I, 27).

шину [1])—совсѣмъ какъ у Спинозы, который въ «Политическомъ трактатѣ» тоже составлялъ проекты автоматическаго [2]) государственнаго благоустройства. На счетъ механическаго раціонализма XVII вѣка можно отнести, можно сказать, полное отсутствіе историческаго развитія въ теоретическихъ главахъ «Духа законовъ»: государства или сохраняются или погибаютъ tout est perdu, любитъ повторять Монтескье); но они не развиваются, не эволюціонируютъ.

Такимъ образомъ Монтескье находился подъ несомнѣннымъ вліяніемъ позитивной и механической стороны раціонализма XVII вѣка [3]), Но что касается гносеологической стороны этого раціонализма, то онъ былъ совершенно чуждъ и даже враждебенъ ей. И въ этомъ отношеніи, какъ вѣрный сынъ XVII вѣка, онъ вдохновлялся противникомъ этого раціонализма, именно Локкомъ Гносеологія Монтескье—это повтореніе гносеологіи Локка. И это не могло не наложить своего отпечатка на методологію и систематику «Духа законовъ».

IV.

Когда говорятъ о Монтескье, то вспоминаютъ Локка. Но при этомъ имѣютъ въ виду не философа—сенсуалиста, а исключительно политика. автора трактатовъ о правительствѣ. И, сообразно съ этимъ, вопросъ о вліяніи Локка на Монтескье ставится обыкновенно только въ видѣ вопроса о вліяніи его политическихъ идей, а также о настоящемъ родоначальникѣ теоріи ограниченной монархіи и раздѣленія властей. Одни, какъ, на-

---

[1]) Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchainera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutrice, qui le sera elle-même par la législative. Ces trois puissances devroient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert (Esprit des lois, Livre XI, Chap. VI).

[2]) См. главу VI, § 3.

[3]) Сообразно съ этимъ нельзя согласиться съ утвержденіемъ Н. Н. Алексѣева, что «по отношенію къ механической соціальной теоріи предпріятіе Монтескье имѣетъ чисто деструктивный характеръ» (Науки общественныя и естественныя въ историческомъ взаимоотношеніи ихъ методовъ, I, 1912, стр. 91).

примѣръ, еще Ярке [1]) въ тридцатыхъ годахъ прошлаго столѣтія, считали именно Локка отцомъ этой теоріи; одинъ изъ учениковъ покойнаго Дильтея Питшъ взялся доказать, что «авторство конституціонной теоріи въ ея полномъ объемѣ должно быть приписано не Монтескье, а Локку» [2]), и что встрѣчающіяся у Монтескье уклоненія и неточности «по большей части произошли отъ недостаточно заботливаго пользованія образцомъ» [3]). Приблизительно такого же взгляда придерживается и тулузскій профессоръ Дедьё [4]). Другіе, какъ Моль [5]), стараются отстоять первенство Монтескье въ этомъ отношеніи. Третьи, какъ, напримѣръ, Янсенъ [6]), рѣшаютъ споръ въ пользу третьяго лица, именно Свифта. Ссылаются иногда еще и на Болингброка: «прямое вліяніе его на знаменитаго автора Духа законовъ несомнѣнно», увѣряетъ, напримѣръ, А. С. Ященко [7]). М. М Ковалевскій идетъ еще дальше и находитъ начало доктрины «у левеллеровъ, въ частности у Лильборна» [8]). Особенно подробно изслѣдованъ вопросъ объ англійскихъ источникахъ политическихъ идей «Духа законовъ» профессоромъ Дедьё. Увлеченный своею темою, тулузскій ученый, быть можетъ, и преувеличилъ зависимость Монтескье отъ англичанъ: онъ оказывается ихъ «послушнымъ ученикомъ»; il est tout anglais [9]).

Такимъ образомъ въ той или иной постановкѣ, вопросъ о вліяніи Локка, какъ политика, на Монтескье,

---

1) Vermischte Schriften von C. E. Jarcke, III Band, München, 1839, статья Die Ursprünge des modernen Constitutionalismus (см. особенно стр. 257 и слѣд.).

2) Th. Pietsch, Ueber das Verhältniss der politischen Theorie Locke's zu Montesquieu's Lehre von der Theilung der Gewalten, Breslau, 1887, стр. 30.

3) Тамъ же, стр. 9.

4) Joseph Dedieu, Montesquieu et la tradition politique en France, Paris, 1909, стр. 160 и сл., а также 329.

5) Die Geschichte nnd Literatur der Staatswissenschaften, I Band. Erlangen, 1855, стр. 271 и слѣд.

6) Harry Jansen, Montesquieu's Theorie von der Dreitheilung der Gewalten im Staate auf ihre Quelle zurückgeführt, Gotha, 1878, стр. 26.

7) «Политическія ученія въ Англіи въ XVIII вѣкѣ и въ началѣ XIX в. (Книга по исторіи новаго времени, томъ III, стр. 72).

8) См. стр. XV его вступительной статьи къ русскому переводу «Духа законовъ» (Спб. 1900).

9) Montesquieu et la tradition politique anglaise en France, стр. 7).

какъ политика же, извѣстенъ въ наукѣ и обсуждается учеными. Но этимъ вопросъ о Локкѣ и Монтескье далеко еще не исчерпывается. Остается еще Локкъ—философъ. Неужели онъ совсѣмъ не повліялъ на Монтескье?

Это было бы тѣмъ болѣе странно, что Локкъ, по справедливости, считается однимъ изъ главныхъ вдохновителей всей французской духовной культуры XVIII в. которою дышалъ и которую создавалъ также и Монтескье: «въ XVIII вѣкѣ—писалъ Кузенъ [1]) — Локкъ былъ во Франціи тѣмъ, чѣмъ Декартъ былъ въ XVII вѣкѣ» За исключеніемъ Брюнетьера, настаивающаго на нѣсколько парадоксальномъ мнѣніи, что не XVII, а именно XVIII вѣкъ былъ золотымъ вѣкомъ картезіанскихъ идей [2]), кажется, всѣ согласны съ тѣмъ, что въ XVIII вѣкѣ во Франціи произошла философская революція, состоявшая въ томъ, что Локкъ вытѣснилъ Декарта. И главнымъ дѣятелемъ этой революціи принято считать Вольтера: «истинный царь XVIII вѣка—увѣряетъ, напримѣръ, Кузенъ [3]) — это Вольтеръ; но Вольтеръ, въ свою очередь,—это ученикъ Англіи». Сравнительно незначительный въ глазахъ современниковъ стихотворецъ Аруэ до поѣздки въ Англію, Вольтеръ по возвращеніи изъ нея становится властителемъ думъ французскаго интеллигентнаго общества. Какъ «Персидскія письма» Монтескье впервые смѣло поколебали престижъ французской монархіи и короля-солнца, такъ появившіяся спустя 13 лѣтъ «Англійскія письма» Вольтера впервые поколебали престижъ раціоналистической философіи и Декарта. Первое мѣсто Вольтеру. Затѣмъ идутъ Кондильякъ, Гельвецій, Гольбахъ и энциклопедисты.

---

[1]) Cours de l'histoire de la philosophie moderne, Première série, tome III, nouvelle édition, Paris, 1846, стр. 6.

[2]) См. его статью Jansénistes et cartésiens (Études critiques sur l'histoire de la littérature française, IV série, deuxième édition, Paris, 1894, стр. 111 и слѣд.).

[3]) Cours de l'histoire etc., 38. Дедьё на стр. 114 своего изслѣдованія пишетъ: Voltaire est encore à nos yeux le roi des anglomanes du XVIII-e siècle.

Такова установившаяся историческая перспектива. Какъ ни кажется она правильною, она страдаетъ двумя недостатками: она преувеличиваетъ роль Вольтера и совершенно упускаетъ изъ виду роль Монтескье. Вольтеръ не только пропагандировалъ Локка, но и направлялъ свой сарказмъ противъ чрезмѣрнаго увлеченія сенсуализмомъ послѣдняго, подобно тому, какъ онъ не только познакомилъ своихъ соотечественниковъ съ Шекспиромъ, но и вышучивалъ его—съ точки зрѣнія той «классической» традиціи XVII вѣка, которой онъ самъ продолжалъ слѣдовать въ «Заирѣ» и «Меропѣ». Съ Локкомъ Вольтера роднила главнымъ образомъ идея религіозной терпимости. Но трезвое и острое «вольтерьянство» не могло мириться съ тою догматическою доктриною натуралистическаго матеріализма, которую выводили изъ сенсуалистической теоріи познанія Локка его настоящіе французскіе послѣдователи. И онъ со свойственнымъ ему сарказмомъ высмѣивалъ попытки такого выведенія. Прочтя у одного изъ своихъ знаменитыхъ современниковъ о его опытахъ съ нервными сосочками на бараньемъ языкѣ, онъ замѣтилъ: «но бараній языкъ никогда не объяснитъ, почему борьба имперіи и священства въ теченіе шестисотъ слишкомъ лѣтъ тревожила и обагряла кровью Европу. Онъ не даетъ отчета объ ужасахъ алой и бѣлой розы и этой толпѣ коронованныхъ головъ, которыя упали въ Англіи на эшафотахъ [1]).

И вотъ тѣмъ авторомъ, котораго Вольтеръ обвинялъ въ такомъ утрированіи сенсуалистической философіи, былъ не кто иной, какъ Монтескье: объ опытѣ съ бараньимъ языкомъ говорится въ главѣ II книги XIV «Духа законовъ», озаглавленной: «Какъ люди различны въ разныхъ климатахъ». Быть можетъ, въ нападкахъ Вольтера сказывалась «зависть ремесла»: «Вольтеръ—пишетъ Альбертъ Сорель [2])—приготовлялъ Essai sur les moeurs, когда появился Esprit des lois. Повидимому, этотъ ше-

[1]) Commentaire sur l' Esprit des lois. Oeuvres, томъ XXX, 1880, стр 456.
[2]) Montesquieu, deuxième èdition, Paris, 1889, стр. 137.

девръ его стѣснилъ»; въ самомъ дѣлѣ въ Вольтеровомъ «Опытѣ о нравахъ и духѣ націй» климату отводится первое мѣсто [1]) въ числѣ факторовъ, вліяющихъ на личную и общественную жизнь людей—совсѣмъ какъ въ иныхъ мѣстахъ «Духа законовъ» Монтескье. Во всякомъ случаѣ мы видимъ, что не только Вольтеръ, но еще и Монтескье училъ французовъ сенсуализму. И онъ въ этомъ отношеніи шелъ такъ далеко, что вызвалъ насмѣшки фернейскаго мудреца.

Въ этомъ нѣтъ рѣшительно ничего неожиданнаго. Вѣдь Монтескье такъ же, какъ и Вольтеръ, побывалъ въ Англіи. И странно было бы, если бы онъ, который такъ живо интересовался всѣмъ въ Англіи, прошелъ мимо англійской философіи. Это тѣмъ болѣе невѣроятно, что изъ всѣхъ тогдашнихъ странъ онъ считалъ именно Англію созданною для того, чтобы въ ней мыслить [2]). Онъ зналъ «Опытъ о человѣческомъ разумѣ» Локка и считалъ необходимымъ имѣть собственный экземпляръ одной изъ его популяризацій [3]). Въ недавно напечатанныхъ замѣткахъ Монтескье—которыя такъ же, какъ и изданные Рейке листки Канта, хорошо знакомятъ насъ съ его интимною работою мысли—содержится его теорія познанія. Она всецѣло проникнута духомъ Локковой философіи, и притомъ уже утрированной въ направленіи столь типичнаго для французскихъ «философовъ» XVIII вѣка гносеологическаго матеріализма. Монтескье рѣшительно отрицаетъ врожденныя идеи, переноситъ истину изъ нашего разума во внѣшній міръ и органами воспріятія этой истины считаетъ нами чувства. Какъ, напримѣръ, познаются нами свойства квадрата. Благодаря «щекотанію», про-

---

1) Trois choses influent sans cesse sur l'esprit des hommes: le climat, le gouvernement, et la religion; c'est la seule manière d'expliquer l'énigme de ce monde (Essai sur les moeurs et l'esprit des nations, Oeuvres, XIII, 1878, стр. 178).

2) L' Allemagne est faite pour y voyager, l' Italie pour y séjourner, l' Angleterre pour y penser, la France pour y vivre, увѣрялъ онъ (см. Sorel'я, 49).

3) Acheter... Abrégé de l' Essay de l' Entendement humain, traduit de l'anglois, par M. Bossu, à Londres, 1720 (meilleur que le livre même de Locke). См. Pensées et fragments, томъ I, стр. 31.

изводимому въ «фибрахъ» нашего мозга квадратными предметами, имѣющимися во внѣшнемъ мірѣ [1]). Подобнаго рода процессовъ, думаетъ Монтескье, «достаточно для того, чтобы все объяснить» [2]). Чрезвычайно любопытна изданная только въ 1892 году статья Монтескье Essai sur les causes qui peuvent affecter les esprits et les caractères [3]). «Внѣшніе предметы—увѣряетъ здѣсь Монтескье — даютъ душѣ ощущенія» [4]). «Воспріятія, идеи, память» происходятъ «только отъ способности души ощущать» [5]). Эта способность опредѣляется «фибрами», а также степенью сухости или влажности мозга; поэтому древніе не ошибались, когда они понимали духъ, какъ умѣренную сухость мозга [6]). Сухость и влажность зависятъ отъ климата. Отсюда слѣдуетъ, что и духъ находится въ сильнѣйшей зависимости отъ климата [7]). Монтескье допускаетъ даже, что «тонкость духа» аѳинянъ вызывалась «тонкостью» ихъ воздуха [8]). Вѣтеръ «широкко» производитъ разницу между сѣверными и южными итальянцами [9]). Состояніе духа картезіанскаго монаха всецѣло объясняется тѣмъ, какъ питаются и раздражаются его «фибры» [10]). Слѣдуетъ ли удивляться тому, что Монтескье былъ въ дружескихъ отношеніяхъ съ Гельвеціемъ?

Въ сущности, Монтескье шелъ еще дальше, чѣмъ Гельвецій, по пути сенсуалистической философіи: изъ

---

[1]) Pensées et fragments, томъ II, стр. 477: le chatouillement du carré.

[2]) Тамъ же: Les bouts des fibres de notre cerveau reçoivent un petit ébranlement, qui produit un chatouillement ou sentiment en nous. Cela suffit pour expliquer tout.

[3]) См. Mélanges inédits de Montesquieu, Bordeaux, 1892, стр. 109—153; дополненія къ этой статьѣ напечатаны на стр. 94—98 перваго тома изданія Pensées et fragments inédits.

[4]) Mélanges, 113.

[5]) Тамъ же, 114.

[6]) Тамъ же, 115: l'esprit comme une sécheresse modérée du cerveau.

[7]) Тамъ же, 117: le climat contribue infiniment à modifier l'esprit.

[8]) Тамъ же, 116: On attribuoit à la subtilité de l'air d' Athènes celle de l'esprit des Athéniens, et il y a bien de l'apparence que c'en étoit une des plus grandes causes, puisque, aujourd'hui que les Athéniens, esclaves et sans éducation, n'ont guère que l'air pour eux, sous l'empire du Turc, leur génie se remarque encore.

[9]) Тамъ же, 118: Enfin, le Chiroc est l'intelligence qui préside sur toutes les têtes italiennes и т. д.

[10]) Pensées et fragments, I, 95.

области гносеологіи онъ распространялъ ее также и на область политики; и если Гельвецій всецѣло исчерпывалъ свой сенсуализмъ вопросомъ «о духѣ», то Монтескье шелъ дальше и училъ сенсуалистически «о духѣ законовъ». Гельвецій этому не сочувствовалъ, потому что являлъ неособенно послѣдовательный логически, но до извѣстной степени понятный психологически образецъ сенсуалиста и матеріалиста въ теоретической философіи и идеалиста въ практической политикѣ. Хотя онъ и мечталъ о томъ, что «когда-нибудь одна капитель соединитъ ...какъ бы двѣ изолированныя и удаленныя другъ отъ друга колонны—физику и мораль» [1]), однако онъ не только не построилъ самъ этой капители, но и осудилъ Монтескье за попытку осуществить эту задачу: въ письмѣ къ нему по поводу «Духа законовъ» онъ настаивалъ на томъ, что въ политикѣ слѣдуетъ не объяснять то, что есть, дѣйствіемъ внѣшнихъ причинъ, а учить тому, что должно быть, слѣдуетъ, какъ онъ выразился, «заниматься правилами истинными въ лучшемъ порядкѣ вещей, который долженъ наступить».

Такимъ образомъ своеобразіе Монтескье въ дѣлѣ распространенія Локковой философіи во Франціи состояло въ томъ, что онъ распространилъ ея сенсуализмъ на политику и положилъ начало тому, если можно такъ выразиться, политическому сенсуализму, который подъ его несомнѣннымъ вліяніемъ встрѣчается и у другихъ писателей XVIII вѣка, даже у Ж. Ж. Руссо [2]). «Духъ законовъ», esprit des lois, сочетаніе, которое встрѣ-

---

[1]) Oeuvres complètes d' Helvétius, Paris, 1795—6, томъ XIV, стр. 130.

[2]) Въ главѣ VIII книги III «Общественнаго договора» Руссо, къ немалому удивленію иного читателя, вдругъ объявляетъ, ссылаясь на «истину принципа» Монтескье, что «свобода не является плодомъ всякихъ климатовъ; при этомъ онъ проявляетъ такую догматическую вѣру въ факторъ, что даже не нуждается въ подтверждающихъ его фактахъ: «если бы даже весь югъ былъ покрытъ республиками—объявляетъ онъ—и весь сѣверъ деспотическими государствами, отъ этого не стало бы менѣе вѣрнымъ то, что въ силу климата деспотизмъ соотвѣтствуетъ теплымъ краямъ, варварство—холоднымъ, а хорошая политика—промежуточнымъ областямъ». Слѣдуя тому же кругу идей, Руссо задумалъ въ Монморанси «Сенситивную мораль или матеріализмъ мудреца» (Les confessions, Livre IX, стр. 361 изданія 1879 года).

чается уже у Дома [1]) и которое у французскаго юриста XVII вѣка имѣетъ чисто моральный смыслъ, у Монтескье имѣетъ сенсуалистическій смыслъ и означаетъ распространеніе Локковой теоріи познанія на познаніе общества и его законовъ. «Много вещей управляетъ людьми—говорится въ IV главѣ книги XIX—климатъ, религія, законы, правила правительства, примѣры прошлаго, нравы, обычаи; изъ этого образуется общій духъ, какъ результатъ всего этого». Взятая съ этой стороны, книга Монтескье представляетъ сенсуалистическое руководство къ познанію законовъ. Общественная и особенно физическая среда относятся къ законодательству приблизительно такъ, какъ у Локка сенсація относится къ рефлексіи. Законодательство—это не болѣе какъ рефлексія на соціологическую сенсацію. И политическая рефлексія не болѣе самостоятельна, чѣмъ рефлексія психологическая. Особенно велика зависимость законодательной рефлексіи отъ климатической сенсаціи. Въ главѣ X книги XIV арабскіе и карѳагенскіе законы характеризуются какъ «законы климата». Глава XV той же книги учитъ «о различномъ довѣріи, которымъ пользуются законы въ народѣ—согласно климатамъ». Климатъ, оказывается, вліяетъ и на логику, и на психологію, и на этику людей. Глава II книги XVI подчиняетъ «желанію» климата человѣческую мысль: les raisons humaines sont toujours subordonnées à cette cause suprême, qui fait tout ce qu'elle veut, et se sert de tout ce qu'elle veut. Благодаря климату, градусамъ географической широты соотвѣтствуютъ, «такъ сказать, степени чувствительности» [2]). «Приблизьтесь къ южнымъ краямъ—и вамъ покажется, что вы удаляетесь отъ самой морали» [3]). Въ такомъ чисто натуралистическомъ смыслѣ Монтескье увѣряетъ, что «власть климата есть первая изъ всѣхъ властей» [4]). Въ переводѣ

---

[1]) См. Traité des lois, Chap. XI. De la nature et de l'esprit des lois, et de leurs différentes espéces (Oeuvres complètes de Domat, I, 1835, стр. 36 и слѣд.).

[2]) Книга XIV, глава II.

[3]) Тамъ же.

[4]) Книга XIX, глава XV: L'empire du climat est le premier de tous les empires.

на языкѣ соціологовъ XIX вѣка это значило, что климатъ—это «факторъ» общежитія. Благодаря этому фактору, «Индія была, Индія будетъ тѣмъ, что она есть» [1]). Вообще, поскольку Монтескье вращается именно въ этомъ кругѣ идей, постольку онъ, хотя и не безъ колебаній [2]), исповѣдуетъ не только детерминизмъ, но даже фатализмъ.

Какъ же повліяла сенсуалистическая философія на систематику «Духа законовъ»? Казалось бы, она должна бы была повліять совершенно отрицательно. Вѣдь, какъ замѣтилъ Кантъ [3]), только подъ господствомъ разума наши знанія образуютъ не «рапсодію», а систему Система всегда предполагаетъ симметрію, какъ бы планъ и заранѣе обдуманное намѣреніе, разумный смыслъ какъ въ познающемъ субъектѣ, такъ и въ познаваемыхъ объектахъ. А между тѣмъ сенсуализмъ какъ бы отвергаетъ все это и предоставляетъ пестрой и случайной смѣнѣ внѣшнихъ впечатлѣній чертить столь же пестрые и случайные узоры на чисто выскобленной доскѣ (tabula rasa) человѣческаго ума. Сообразно съ этимъ для французскихъ сенсуалистовъ XVIII вѣка, казалось бы, и не могло и не должно было быть рѣчи о какихъ бы то ни было системахъ. И дѣйствительно, съ одной стороны, сочиненія ихъ нерѣдко очень хаотичны и, въ лучшемъ случаѣ, не идутъ дальше системы алфавитнаго словаря (Вольтеровъ «Философскій словарь, или разумъ въ алфавитѣ», Энциклопедія). Съ другой стороны во французской философіи XVIII вѣка нерѣдко раздавались голоса противъ «духа системы», какъ противъ вреднаго въ научномъ отношеніи духа.

---

[1]) Книга XXI, глава I.

[2]) На одной и той же страницѣ онъ сначала опровергаетъ фатализмъ, какъ абсурдъ, а потомъ незамѣтно возвращается къ нему: Ceux qui ont dit qu'une fatalité aveugle a produit tous les affets que nous voyons dans le monde, ont dit une grande absurdité .. Ainsi la création, qui paroît être un acte arbitraire, suppose des règles aussi invariables que la fatalité des athées (Esprit des lois, Livre I, Chap. I).

[3]) Kritik der reinen Vernunft, Kehrbach, 628: Unter der Regierung der Vernunft dürfen unsere Erkenntnisse überhaupt keine Rhapsodie, sondern sie müssen ein System ausmachen.

Однако не слѣдуетъ упускать изъ виду двухъ обстоятельствъ. Во-первыхъ, сенсуалисты XVIII вѣка протестовали не столько противъ духа системы вообще, сколько противъ того духа системы, который господствовалъ у раціоналистовъ XVII вѣка и ихъ эпигоновъ и состоялъ въ логической дедукціи изъ апріорныхъ идей безъ вниманія къ фактическому, эмпирическому матеріалу. Такъ, Кондильякъ въ своемъ «Трактатѣ о системахъ» менѣе всего отрицалъ научную необходимость системъ [1]), и притомъ даже такихъ, которыя основаны на абстрактныхъ принципахъ [2])—при томъ однако непремѣнномъ условіи, чтобы эти принципы отвлекались отъ фактовъ или, еще лучше, сами являлись не болѣе, какъ фактами [3]). Во-вторыхъ, вѣкъ, который, казалось, такъ отрицательно относился ко всякимъ системамъ, кончилъ одною изъ самыхъ догматическихъ системъ, именно «Системою природы» Гольбаха.

Система въ этомъ смыслѣ понималась не какъ умозрительное построеніе ordine geometrico, а какъ реальное воздѣйствіе причинъ на слѣдствія или факторовъ на факты: une Cause, объяснялъ Гольбахъ [4]), est un être qui en met un autre en mouvement ou qui produit quelque changement en lui. При этомъ, не смотря на кажущійся позитивизмъ новой систематической тенденціи, не обошлось безъ метафизики въ томъ спеціальномъ смыслѣ, въ какомъ О. Контъ разумѣлъ подъ метафизикою объясненіе явленій «сущностями» (entités) и сведеніе послѣднихъ къ единой «природѣ», какъ производящему фактору эмпирическихъ фактовъ. Такъ, Гольбахъ не обходится безъ такихъ «сущностей», ко-

[1]) Une science bien traitée est un systéme bien fait (Traité des systèmes, Oeuvres, Paris, 1882, томъ II, стр. 311).

[2]) Les notions abstraites sont absolument nécessaires pour mettre de l'ordre dans nos connaissances... Quand je blâmerai les principes abstraits, il ne faudra donc pas me soupçonner d'exiger qu'on ne se serve plus d'aucune notion abstraite; cela serait ridicule (тамъ же, стр. 5).

[3]) Par exemple, la gravité des corps a été de tout temps un fait bien constaté, et ce n'est que de nos jours qu'elle a été reconnue pour un principe... Des faits constatés, voilà proprement les seuls principes des sciences (тамъ же, стр. 6).

[4]) Systême de la Nature, Londres, 1770, томъ I, стр. 13.

торыя у него даже носятъ схоластическое названіе «эссенцій» Аристотелева происхожденія и которыя сводятся у него къ единой производящей «природѣ» [1]). Матеріалистическая тенденція французскихъ «философовъ» XVIII вѣка предрасполагала ихъ къ признанію чисто-физическихъ факторовъ главными и даже единственными производящими причинами системы фактовъ. Но съ большею или меньшею логическою непослѣдовательностью они — нерѣдко въ весьма рѣшительныхъ выраженіяхъ — провозглашали силу факторовъ иного порядка; чрезвычайно настойчиво выдвигались такіе факторы, какъ воспитаніе [2]), дѣятельность правительства [3]) и особенно законодательства: la législation fait tout, увѣрялъ, напримѣръ, Гельвецій [4]); предвосхищая Тарда, Гельвецій [5]) и Гольбахъ [6]) указы-

---

[1]) Тамъ же, стр. 10: Des matières très variées et combinées d'une infinité de façons reçoivent et communiquent sans cesse des mouvements divers. Les différentes propriétés de ces matières, leurs différentes combinaisons, leurs façons d'agir si variées qui en sont des suites nécessaires, constituent pour nous les *essences* des êtres; et c'est de ces essences diversifiées que résultent les différents ordres, rangs ou systêmes que ces êtres occupent, dont la somme totale fait ce que nous appellons *la nature*. Стр. 11: Les différents systêmes des êtres, ou, si l'on veut, leurs *natures particulières*, dépendent du systême général, du grand tout, de la nature universelle dont ils font partie, et á qui tout ce qui existe est nécessairement lié (всѣ курсивы— самого Гольбаха). Ср. A. Comte, Cours de philosophie positive, Tome I, troisième édition, Paris, 1869, стр. 9: Dans l'état métaphysique... les agents surnaturels sont remplacés par des forces abstraites, véritables entités... Стр. 10: le dernier terme du systême métaphysique consiste à concevoir, au lieu de différentes entités particuliéres, une seule grande entité générale, la *nature*, envisagée comme la source unique de tous les phénomènes.

[2]) L'éducation peut tout, писалъ, напримѣръ, Гельвецій (Oeuvres, X I, 71).

[3]) Le gouvernement influe nécessairement et également sur le Physique et le moral des nations, читаемъ мы, напримѣръ, въ «Системѣ природы» Гольбаха (томъ I, стр. 146). Гельвецій писалъ: La position physique de la Grèce est toujours la même: pourquoi les Grecs d'aujourd'hui sont-ils si differents des Grecs d'autrefois? C'est que la forme de leur gouvernement a changé; c'est que, semblable à l'eau qui prend la forme de tous les vases dans lesquels on la verse, le caractère des nations est susceptible de toutes sortes de formes; c'est qu'en tous les pays le génie du gouvernement fait le génie des nations (Oeuvres, V, 69).

[4]) Oeuvres, XIV, 152.

[5]) См. De l'homme, S. X, Chap. XI: L'homme, et l'expérience le prouve, est de sa nature imitateur et singe (Oeuvres, XII, 139). Тамъ же, S. IX, Chap. VIII: Les vérités morales ne s'étendent que par des ondulations très lentes. Il en est, si je l'ose dire, de la chûte de ces vérités sur la terre comme de celles d'une pierre au milieu d'un lac: les eaux, séparées au point du contact, forment un cercle bientôt en ermé dans un plus grand, qui lui-même est environné de cercles plus spacieux (Oeuvres, XI, 170). Такое же сравненіе встрѣчается и въ «Законахъ подражанія» Тарда.

[6]) Systême social ou principes naturels de la morale et de la politique,

вають на подражаніе, какъ на особый факторъ. Сознавая двойственность физическихъ и моральныхъ факторовъ, Кондильякъ признавалъ законность двухъ типовъ системъ—именно физической и политической, что у него равнозначно причинной и телеологической [1]).

Вотъ въ такомъ смыслѣ и у Монтескье сенсуализмъ вообще и политическій сенсуализмъ въ частности совмѣщались съ систематическимъ духомъ. Онъ отдалъ извѣстную дань пренебреженію своей эпохи къ системамъ въ томъ смыслѣ, въ какомъ ихъ осуждалъ Кондильякъ [2]). И, что бы ни говорилъ Баркгаузенъ, онъ не стремился къ чрезмѣрной симметричности «Духа законовъ»: подобно тому, какъ по возвращеніи изъ Англіи онъ замѣнилъ паркомъ въ англійскомъ вкусѣ строгія геометрическія линіи аллей въ Ленотровомъ стилѣ, окружавшихъ его родовой замокъ de la Brède [3]), онъ хотѣлъ поразить читателя «Духа законовъ» не столько стройною архитектоникою искусной конструкціи, сколько многообразіемъ «сенсацій», получаемыхъ народами и ихъ правительствами отъ внѣшняго міра. Эти сенсаціи онъ сводилъ къ физическимъ факторамъ, среди которыхъ онъ придавалъ особенно большое значеніе климату. Но также, какъ и Гельвецій и другіе сенсуалисты XVIII вѣка, онъ, кромѣ физическихъ факторовъ, признавалъ также и духовные—воспитаніе [4]), религію [5]) и особенно законодательство: оно, оказы-

---

Londres, 1773, томъ I, стр. 15: L'imitation produit, soit en bien, soit en mal, les effets les plus marqués dans la conduite des hommes.

[1]) Il n'y a point de science ni d'art où l'on ne puisse faire des systèmes: mais dans les uns, on se propose de rendre raison des effets; dans les autres, de les préparer et de les faire naître. Le premier objet est celui de la physique; le second est celui de la politique (Traité des systèmes, Oeuvres, II, 290).

[2]) Les observations sont l'histoire de la physique, et les systèmes en sont la fable (Pensées et fragments, I, 161).

[3]) См. Louis Vian, Histoire de Montesquieu, Paris, 1878, стр. 131).

[4]) См. въ Mélanges inédits de Montesquieu статью Essai sur les causes qui peuvent affecter les esprits et les caractères, Seconde partie: Des causes morales qui peuvent affecter les esprits et les caractères (стр. 129 и слѣд.).

[5]) Esprit des lois, Livre XXIV, Chap. VI: Les principes du christianisme, bien gravés dans le coeur, seroient infiniment plus forts que ce faux honneur des monarchies, ces vertus humaines des républiques, et cette crainte servile des états despotiques.

вается, можетъ дѣлать изъ людей животныхъ и изъ животныхъ людей [1]), и даже «преодолѣвать природу климата» [2]). Сообразно съ этимъ вопросъ о системѣ «Духа законовъ» и сводится къ вопросу о системѣ факторовъ, обусловливающихъ жизнь государствъ и дѣятельность правительствъ, примѣнительно къ тѣмъ двумъ задачамъ теоретическаго познанія и практической политики, которыя преслѣдовалъ здѣсь Монтескье. Мысль о необходимости возможно бо́льшаго количества фактовъ и вообще опытнаго матеріала для такой систематизаціи могла итти и несомнѣнно шла отъ Локка. Но откуда могла итти та мысль о необходимости синтетическихъ принциповъ, которая, какъ упомянуто выше, преслѣдовала Монтескье и притомъ въ такой степени, которая уже выходила далеко за предѣлы Локковой гносеологіи? Подъ чьимъ философскимъ вліяніемъ сложилась своеобразная систематика «Духа законовъ», имѣющая характеръ не апріорной логической конструкціи въ стилѣ раціонализма XVII вѣка, а распредѣленія обильнаго эмпирическаго матеріала по схемамъ, по категоріямъ, являющимся вмѣстѣ съ тѣмъ и производящими факторами этого самаго матеріала? Наша гипотеза состоитъ въ томъ, что мы здѣсь имѣемъ дѣло съ вліяніемъ Аристотелевой метафизики.

V.

Монтескье часто сопоставляютъ съ Аристотелемъ. Такое сопоставленіе вполнѣ естественно и какъ бы само собою напрашивается. И стагиритъ и бордосскій президентъ смотрѣли на государство не только какъ практическіе публицисты, но также и какъ теоретическіе изслѣдователи, причемъ оба съ большимъ вниманіемъ сосредоточивались на соціологической сторонѣ государственнаго общежитія, довольно широко пользуясь при этомъ сравнительною методою. Этимъ

---

1) Livre XII, Chap. XXVII.
2) Livre XVI, Chap. XII.

обыкновенно и исчерпывается вопросъ о связи между Аристотелемъ и Монтескье. Въ дѣйствительности же эта связь гораздо значительнѣе и глубже. Проявляется она еще, во-первыхъ, въ сродствѣ ихъ умовъ, въ конгеніальности ихъ натуръ, а, во-вторыхъ, въ непосредственномъ вліяніи нѣкоторыхъ чисто метафизическихъ идей Аристотеля на методологію и систематику главнаго труда Монтескье. Не только политикъ Аристотель вліялъ на политика Монтескье, но и философъ Аристотель вліялъ на философа Монтескье.

Въ чемъ же состояло сродство умовъ авторовъ «Политики» и «Духа законовъ»? Въ томъ, что у обоихъ своеобразно сочетаются, казалось бы, исключающія другъ друга качества индуктивнаго собирателя и дедуктивнаго, нерѣдко даже апріорнаго систематика. Аристотель—неутомимый собиратель. Онъ любитъ фактъ. Онъ собираетъ коллекціи—растеній, животныхъ, минераловъ, политическихъ конституцій. Какъ собиратель, онъ производитъ впечатлѣніе строго индуктивнаго ученаго. И этимъ объясняется, почему индуктивная наука новаго времени не безъ основанія считаетъ его однимъ изъ своихъ родоначальниковъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ идеаломъ настоящаго знанія Аристотель считалъ дедуктивную науку. И сообразно съ этимъ онъ постоянно пользовался и нерѣдко злоупотреблялъ абстрактными и даже апріорными схемами. Этимъ объясняется, почему въ средніе вѣка именно онъ вдохновлялъ схоластическую науку, распредѣлявшую весь міръ по всевозможнымъ терминологическимъ родамъ и видамъ, сводившую его къ чисто формальнымъ началамъ—безъ заботы о томъ, дѣйствительно ли таковъ подлинный реальный міръ.

Подобнымъ же образомъ и Монтескье неутомимъ въ собираніи опытнаго матеріала. Но вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ матеріалъ интересуетъ его не самъ по себѣ, а какъ подтвержденіе извѣстныхъ схемъ, носящихъ нерѣдко настолько апріорный характеръ, что, какъ упомянуто выше, Лансонъ призналъ его чистѣйшимъ раціоналистомъ. Онъ не столько восходитъ отъ слѣдствій къ причинамъ, сколько, напротивъ, устанавливаетъ из-

вѣстную сумму причинъ, какъ постоянныхъ и неизмѣнныхъ факторовъ, почти a priori объясняющихъ все. Такова тенденція уже его работы о причинахъ величія и паденія римлянъ: les occasions qui produisent les grands changements sont différentes, mais les causes sont toujours les mêmes, читаемъ мы здѣсь [1]); il y a des causes générales, пишетъ онъ тамъ же, soit morales, soit physiques, qui agissent dans chaque monarchie, l'élèvent, la maintiennent, ou la précipitent [2]). Озабоченный болѣе причинами, чѣмъ слѣдствіями, Монтескье нерѣдко жертвуетъ фактами ради схемы. Къ нему иногда примѣняютъ его собственное замѣчаніе о Тацитѣ: Tacite, qui abrégeait tout, parce qu'il voyait tout [3]). Въ иныхъ случаяхъ было бы правильнѣе примѣнить слова Мефистофеля о «матеряхъ» во второй части «Фауста»: ....Schemen sehn sie nur. Извѣстно, какъ схематически и далеко не адэкватно реальной дѣйствительности Монтескье изобразилъ государственный строй Англіи. Не менѣе схематична его политическая климатологія; такъ, напримѣръ, какъ замѣтилъ Альбертъ Сорель [4]), изъ «Духа законовъ» слѣдуетъ, что жара производитъ у азіатовъ тѣ же самые результаты, что холодъ у русскихъ.

И вотъ, поскольку Монтескье вообще методиченъ въ схематизаціи причинъ или факторовъ, производящихъ тѣ или иныя послѣдствія въ политической жизни народовъ, постольку онъ примыкаетъ къ схоластической традиціи, а черезъ нее къ «Метафизикѣ» Аристотеля. Въ самомъ дѣлѣ, къ какимъ схемамъ, къ какимъ заранѣе установленнымъ началамъ сводитъ въ концѣ концовъ Монтескье все пестрое содержаніе своей политической и соціологической хрестоматіи? Такихъ началъ, какъ намъ кажется, у него можно подмѣтить четыре. Первымъ началомъ является «природа» правительства

---

1) Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence, Chap. I.

2) Тамъ же, Chap. XVIII.

3) Esprit des lois, Livre XXX, Chap. II.

4) Montesquieu, стр. 117.

(nature du gouvernement). Таких природ Монтескье, как извѣстно, насчитываетъ три—республиканскую, монархическую и деспотическую [1]). Кромѣ «природъ», у государствъ есть еще второе начало, именно «принципы»; какъ объясняетъ Монтескье, «природа—это то, что дѣлаетъ правительство таковымъ, принципъ—то, что его приводитъ въ движеніе» [2]). Далѣе, въ главѣ V книги XI указывается третье начало, именно особый «объектъ», иначе цѣль государства: «хотя—говорится здѣсь—у всѣхъ государствъ вообще одинъ объектъ, именно самосохраненіе, однако у каждаго государства есть одинъ ему свойственный. Расширеніе было объектомъ Рима, война—Лакедемона» и т. д.; Англія при этомъ характеризуется, какъ такое государство, «прямымъ объектомъ» котораго является политическая свобода; и сообразно съ этимъ слѣдующая VI глава книги XI, поскольку она могла и должна была имѣть общее значеніе въ глазахъ Монтескье, представляетъ изслѣдованіе по политической телеологіи. Наконецъ, четвертымъ началомъ являются тѣ условія среды какъ физической, такъ и бытовой, которыя перечисляются какъ въ III главѣ книги I, такъ и въ IV главѣ книги XIX, гдѣ эти условія, образующія, такъ сказать, матерію государствъ, сенсуалистически именуются ихъ «общимъ духомъ».

Около этихъ четырехъ [3]) началъ пестрое содержаніе «Духа законовъ» группируется, кажется, проще и естественнѣе, чѣмъ по схемамъ Баркгаузена и Лансона. Что же такое представляютъ эти начала? Очевидно, нѣчто не похожее на раціонализмъ XVII вѣка. Этотъ раціонализмъ исключалъ цѣли изъ теоретическаго познанія, а у Монтескье есть цѣли въ видѣ «объектовъ» государствъ. Этотъ раціонализмъ исключалъ какія бы то ни было спеціальныя, независимыя отъ вещей и от-

[1]) Esprit des lois, Livre II, Chap. I.
[2]) Livre III, Chap. I.
[3]) Два изъ нихъ выдвигались уже Детю де Траси: Montesquieu... raisonne très-conséquemment au système qu'il s'est fait sur la nature des différents gouvernements, et sur ce qu'il appelle les principes propres à chacun d'eux (Commentaire sur l'esprit des lois de Montesquieu, Paris, 1819, стр. 47).

личныя отъ нихъ производящія и движущія начала, а Монтескье признавалъ какія-то «природы» и «принципы», имѣющіе какое-то рѣшительно детерминирующее значеніе для соотвѣтственныхъ объектовъ: отъ сохраненія принципа зависитъ сохраненіе соотвѣтственныхъ предметовъ и порча принциповъ неизбѣжно влечетъ за собою порчу предметовъ [1]); la force du principe entraîne tout, говорится въ XI главѣ книги VIII. Очевидно, мы здѣсь имѣетъ дѣло съ какими-то категоріями иного, болѣе давняго происхожденія Это—тѣ производящія формы, тѣ тайно или явно образующія сущности, тѣ naturae naturantes, тѣ схоластическія causae, которыя ведутъ свое начало еще отъ Аристотелевой метафизики. Въ самомъ дѣлѣ, что такое «природа» государствъ, какъ не Аристотелева causa formalis? Что такое «принципъ», какъ не causa efficiens? Что такое «объектъ», какъ не causa finalis? И, наконецъ, что такое расплывчатый и неопредѣленный «общій духъ» IV главы книги XIX, какъ не causa materialis? Иными словами, мы встрѣчаемъ въ «Духѣ законовъ» всѣ четыре начала Аристотелевой и схоластической метафизики. Тѣ постоянныя и все опредѣляющія causes générales, къ которымъ, какъ упоминалось выше, въ своихъ Considérations Монтескье сводилъ величіе и паденіе государствъ, въ «Духѣ законовъ» пріобрѣтаютъ характеръ четырехъ схоластическихъ causae. И далеко не случайно то обстоятельство, что нашлись въ Германіи филологи, понявшіе книгу Монтескье какъ трактатъ de Caussis Legum [2]).

---

[1]) Livre VIII, Chap. I: La corruption de chaque gouvernement commence presque toujours par celle des principes. Livre VIII, Chap. XI: Lorsque les principes du gouvernement sont une fois corrompus, les meilleures loix deviennent mauvaises, et se tournent contre l'état: lorsque les principes en sont sains, les mauvaises ont l'effet des bonnes. Livre VIII, Chap. XII: Quand une république est corrompue, on ne peut remédier à aucun des maux qui naissent, qu'en ôtant la corruption et en rappellant les principes: toute autre correction est ou inutile ou un nouveau mal.

[2]) См. книгу Prolusio qua animadversiones philologicae in librum Francium de caussis legum proponuntur et patroni atque fautores ad audiendas oratiunculas VII in schola Thomana invitantur a Io. Augusto Ernesti rectore, Lipsiae, 1761. На стр. 4: librum Francicum, de Caussis Legum (de l'Esprit des Loix).

Спрашивается, какъ могла возникнуть такая зависимость Монтескье отъ Аристотеля. Что писатели древности не прошли безслѣдно для автора, говорившаго cette antiquité m'enchante, et je suis toujours prêt à dire avec Pline: c'est à Athènes que vous allez; respectez les dieux, это конечно не подлежитъ сомнѣнію. Несомнѣнно и то, что политическія теоріи Аристотелевой «Политики» наложили свой отпечатокъ на «Духъ законовъ»: въ ученіи о происхожденіи государствъ или въ ихъ классификаціи Монтескье или повторяетъ Аристотеля или слегка измѣняетъ его. Но какъ Монтескье могъ поддаться вліянію метафизики Аристотеля, онъ, который въ «Персидскихъ письмахъ» такъ непочтительно отзывался о его логикѣ [1]), онъ, который находилъ Аристотеля вообще темнымъ [2]) и рѣшительно отвергалъ [3]) естественно-научныя теоріи стагирита? Какъ могла проникнуть схоластика въ «Духъ законовъ», книгу, казалось бы, не только свободную отъ схоластическихъ пріемовъ [4]), но и рѣшительно отвергавшую ихъ?

На всѣ эти вопросы самъ Монтескье не даетъ намъ отвѣта—недаромъ онъ поставилъ девизомъ своей книги рожденіе безъ матери. Но намъ могутъ помочь два обстоятельства: во-первыхъ, еще свѣжая во время Монтескье традиція государствовѣдѣнія, а во-вторыхъ, нѣкоторыя данныя изъ его біографіи.

Монтескье зналъ такихъ государствовѣдовъ, которые далеко не были свободны отъ схоластики. Такъ, напримѣръ, въ главѣ III книги I «Духа законовъ» онъ

---

1) См. Lettre CXLIII: Tisane purgative. Prenez trois feuilles de la logique d'Aristote и т. д.

2) Aristote est très obscure (Pensées et fragments, II, 202).

3) Aristote s'est trompé avec son sec, son humide, son chaud, son froid (Pensées et fragments, II, 490).

4) См. напримѣръ, L. Gumplowicz, Geschichte der Staatstheorien, Innsbruck, 1905, стр. 245:... wobei er alle scholastische Begriffsspalterei bei Seite lassend, bestrebt ist, die inductive Methode zu befolgen. Забывая вмѣстѣ съ большинствомъ другихъ изслѣдователей объ «объектахъ» въ «Духѣ законовъ», Сорель категорически утверждаетъ: Montesquieu n'entendait rien aux causes finales (Montesquieu, 54).

съ полнымъ сочувствіемъ [1]) цитируетъ Гравину. Дедьё указываетъ, какъ на возможный источникъ первыхъ 8 книгъ «Духа законовъ», на итальянца Доріа, который въ своей работѣ Vita civile (1710) устанавливаетъ для республикъ, монархій и деспотій почти такіе же «принципы», что и Монтескье [2]). Насколько естественнымъ считалось въ XVII по крайней мѣрѣ вѣкѣ приложеніе Аристотелевыхъ четырехъ causae къ познанію государства, видно хотя бы изъ одного трактата Борница [3]).

Таковъ первый возможный источникъ проникновенія Аристотелевой метафизики въ «Духъ законовъ». Другой возможный источникъ—это школа, пройденная Монтескье у ораторьянцевъ. Нельзя, какъ это дѣлаетъ Віанъ, предполагать, что «Духъ законовъ былъ задуманъ на скамьяхъ юридической школы въ Бордо» [4]). До этой школы Монтескье провелъ 11 лѣтъ на другихъ скамьяхъ—въ Жюйи (Juilli), у отцовъ-ораторьянцевъ. Этому обстоятельству почему-то принято придавать такъ мало значенія, что, напримѣръ, одинъ апологетъ этой школы [5]), перечисляя знаменитыхъ людей, вышедшихъ изъ этой школы — а она дала, между прочимъ, Лами, Мальбранша и Бональда, — совсѣмъ не упоминаетъ о Монтескье. Это тѣмъ болѣе несправедливо, что даже на Вольтера, съ его независимымъ, острымъ и насмѣшливымъ умомъ, школа, пройденная у духовныхъ отцовъ, именно у іезуитовъ, наложила извѣстный отпечатокъ [6]); въ частности, по интересую-

---

[1]) ...dit très-bien Gravina; dit encore très-bien Gravina.

[2]) Montesquieu et le tradition politique anglaise en France, стр. 132.

[3]) См. Jacobi Bornitii, Tractatus duo I de majestate politica et summo imperio ejusque functionibus II de praemiis in republica decernendis, Lipsiae, 1610. На стр. 27: Imperii caussa Majestas. Въ особомъ приложеніи (Schema Politicum, quo fundamenta et stabilimenta status Rerumpublicarum adumbrantur) дается такая схема: status Reipublicae... fundatur Majestate, in qua caussae Efficiens, Deus et populus. Materia, potestas. Forma: summum esse; universaliter imperare. Finis: proprius et principalis, Animare Rempublicam imperio; Subordinatus, Salus populi, universorum et singulorum civium.

[4]) Louis Vian, Histoire de Mortesquieu, 184.

[5]) Ch. Hamel, Histoire de l'abbaye et du collége de Juilly, Paris, 1868.

[6]) On pourra juger—пишетъ Лансонъ—de quelle prise la Société saisit les esprits, si l'on songe que Voltaire même gardera toujours des sentiments de respects et d'amitié pour ses anciens maîtres; et jamais il ne se défera des principes littéraires qu'ils lui ont donnés, de leur goût étroit et pur (Histoire de la littérature française, Onzième édition, Paris, 1909, стр. 690).

щему насъ теперь вопросу объ Аристотелѣ, быть можетъ, вліянію именно этой школы слѣдуетъ приписать, въ общемъ, благосклонное отношеніе Вольтера къ стагириту [1]) и даже, не смотря на сомнѣнія автора «Кандида» по поводу Лиссабонскаго землетрясенія, къ конечнымъ цѣлямъ [2]).

Школа ораторьянцевъ, какъ и у другихъ духовныхъ конгрегацій, давала своимъ питомцамъ схоластическое образованіе, основанное на Аристотелевыхъ началахъ. Одинъ изъ столповъ этой школы, Томассенъ, какъ совершенно правильно замѣтилъ Ремюза [3]), мыслитъ вмѣстѣ съ Аристотелемъ. Относительно другого столпа, Фурненка, Фр. Булье утверждаетъ, что онъ болѣе тяготѣлъ къ Платону и даже хотѣлъ замѣнить и вытѣснить имъ Аристотеля [4]), что и принесло плодъ въ лицѣ гордости школы и «французскаго Платона» [5]), именно Мальбранша. Однако болѣе близкое знакомство съ тѣмъ трудомъ Фурненка, на который ссылается Булье, приводитъ къ заключенію, что, не смотря на весь платонизмъ автора, Аристотель вообще и въ частности его ученіе о четырехъ causae далеко не изгоняются. Объ этомъ свидѣтельствуетъ уже заглавіе этого внушительнаго пятитомнаго труда, долженствующаго, какъ объясняется въ предисловіи, представлять «обширнѣйшій компендій всеобщей философіи»: Universae philosophiae synopsis accuratissima. sinceriorem Aristotelis Doctrinam, cum mente Platonis passim explicata et illustrata, et cum Orthodoxis SS. Doctorum sententiis, breviter, dilucideque

---

1) См. Dictionnaire philosophique: Il ne faut pas croire que le précepteur d'Alexandre, choisi par Philippe, fût un pedant et un esprit faux (Oeuvres, XVII, 1878, стр. 367).

2) Dictionnaire philosophique: Des géomètres non philosophes ont rejeté les causes finales, mais les vrais philosophes les admettent (Oeuvres, XVII, 467). См. въ томъ же словарѣ статью Causes finales (Oeuvres, XVIII, 97 и слѣд.). См. еще Des singularités de la nature: Quelques philosophes offectent de se moquer des causes finales rejetées par Épicure et par Lucrèce. C'est plutôs, ce me semble, d'Épicure et de Lucrèce qu'il faudrait se moquer (Oeuvres, XXVII, стр. 138)

3) Thomassin... admet encore... Aristote parmi les siens (см. его статью De la philosophie de l'oratoire въ Revue des deux mondes, 1854, VII, стр. 294).

4) Histoire de la philosophie cartésienne, Tome second, 1854, стр. 7).

5) Тамъ же, стр 2.

concinnans [1]). Въ предисловіи авторъ предупреждаетъ, что онъ иногда поддавался вліянію Платона, но что весь трудъ основанъ все-таки на ученіи Θомы Аквинскаго и Аристотеля [2]). На стр. 105 и слѣд. третьяго тома дано ученіе de causis совершенно въ духѣ Аристотелевой метафизики. Causa здѣсь понимается не въ смыслѣ индуктивной причины, а въ смыслѣ особой сущности, особой силы, высшей въ іерархическомъ порядкѣ, чѣмъ вызываемыя ею явленія: omnis causa causato prior est ordine naturae, cognitionis, et dignitatis, гласитъ одна изъ авторскихъ аксіомъ [3]). Causa efficiens дѣлится на физическую и моральную [4]), что даетъ готовую почву для «принциповъ» Монтескье. Другъ Фурненка [5]) Дюгамель категорически сводилъ число causae къ четыремъ [6])—въ противоположность платоникамъ, присоединявшимъ пятую, causam exemplarem [7]).

Девизъ ораторьянской школы гласилъ: entre qui peut, sort qui veut [8]). Послѣ 11 лѣтъ пребыванія въ

---

[1]) Authore P. Iacobo Fournenc Presbytero Congregationis Oratorii D. Jesu, Doctore Theologo, Parisiis, 1655.

[2]) Praefatio, qua Scopus Authoris explicatur: Ex omni philosophandi genere, hoc singulariter praeoptavi, quod Divum Thomam securum esse deprehendi, quippe quod mihi semper ut solidissimum sic et tutissimum visum est. Quod si aliquando Platonicae sublimitatis amor alio me paululum avocavit; doctrinam S. Thomae nihilominus clare ac sincere prius exposui: et aliunde nihil adstruxi, quod non cum eius principiis magna ex parte concentiret... Communiter ea esse praelegenda, quae doctrinam Aristotelis, et sancti Thomae continent.

[3]) Стр. 107.

[4]) Стр. 109. Illa per influxum naturalem, haec per consilium, aut alio simili modo agit.

[5]) См. Iohannis Baptistae du Hamel, Opera philosophica, Norimbergae, 1681, Tomus I, De consensu veteris et novae philosophiae, стр. 550: amicus noster Furnencius.

[6]) Philosophia vetus et nova ad usum scholae accomodata, Noribergae, 1682, стр. 347: Quatuor saltem causae sunt admittendae.

[7]) Дюгамель пишетъ: Quinque causarum genera Platonici agnoscunt, quae Proclus breviter et acute his notis dischiminat. Effectrix, inquit, causa est id a quo; Exemplaris id ad quod; Finalis id propter quod; Forma id quo; Materia id ex quo, vel in quo res fiunt (De consensu veteris et novae philosophiae, Opera, I, 550).

[8]) См. Ch. Hamel, Histoire de l'abbaye et du collége de Juilly, Paris, 1868, стр. 193.

ней [1]), Монтескье вышелъ изъ нея. Но это не значитъ, что онъ не вынесъ изъ нея никакихъ философскихъ воспоминаній [2]) и привычекъ, которыя потомъ сказывались у него, хотя бы и безсознательно—между прочимъ и тогда, когда онъ, по собственному признанію, такъ мучительно искалъ синтетическія начала для одухотворенія и систематизаціи сырого матеріала «Духа законовъ». И если онъ считалъ правила Аристотеля относительно трагедіи пригодными еще и для своей современности [3]), то тѣмъ естественнѣе было ему вспомнить о правилахъ Аристотелевой метафизики, когда пришлось схематизировать накопленный имъ сырой матеріалъ. При этомъ онъ не вступалъ въ конфликтъ съ Локкомъ: философская и особенно богословская литература того времени считала и Аристотеля сенсуалистомъ. При этомъ онъ не былъ и одинокъ: какъ отмѣчено выше, французскіе сенсуалисты XVIII в. тоже прибѣгали къ объясненіямъ, очень напоминающимъ causas Аристотелевой метафизики.

Такова наша гипотеза. Если она пріемлема, она, можетъ быть, окажется не лишнею въ двоякомъ отношеніи. Во-первыхъ. она прибавляетъ новую деталь къ вообще чрезвычайно интересной исторіи Аристотеля и особенно къ исторіи превращенія Аристотеля—вдохновители схоластиковъ въ Аристотеля — вдохновителя опытной науки новаго времени. Во-вторыхъ, она проливаетъ нѣкоторый свѣтъ на генеалогію двухъ науч-

---

[1]) См. L. Vian, Histoire de Montesquieu, Paris, 1878, стр. 18.

[2]) На стр. 19 «Исторіи Монтескье» Віана приводится такой отзывъ одного изъ наставниковъ ораторіи: n'ayant point le jugement assez formé pour la philosophie. Если этотъ отзывъ не касается, какъ думаютъ иногда, младшаго брата Монтескье, то изъ него можно заключить, что Монтескье, не имѣя охоты самостоятельно разбираться въ вопросахъ философіи, ограничился машинальнымъ усвоеніемъ той философіи, которую онъ изучалъ ex officio и догматически, иначе говоря, Аристотелевой.

[3]) См. Voyages de Montesquieu, Bordeaux, 1894—6, томъ II, стр. 351: Ces régles d'Aristote, qu'il a établies sur les tragédies de Sophocles et d'Euripide, subsistent toujours. Стр. 374: Les règles d'Aristote, formées sur les tragédies d'Eschyle, de Sophocle et d'Euripide, sont encore des régles pour pour nous aujourd'hui, et, malgré le changement de moeurs, nous ne pouvons nous en départir.

ныхъ тенденцій XIX вѣка: во-первыхъ, тенденціи соціологіи сводить факты къ факторамъ и объяснять все послѣдними, а, во-вторыхъ, тенденціи государствовѣдѣнія разсматривать политическія «формы» какъ нѣчто не только самодовлѣющее, но еще и формирующее все общежитіе.

Политическая доктрина Ж. Ж. Руссо въ связи съ общими принципами его ученія.

(Къ двухсотлѣтію со дня рожденія Руссо).

П. А. Покровскаго.

«Ici repose l'homme de la nature el de la verité».

(Надпись на могилѣ Руссо).

28-го іюня по новому стилю исполнилось 200 лѣтъ со дня рожденія *Жанъ-Жака Руссо*. Еще при жизни Руссо дѣлилъ вмѣстѣ съ Вольтеромъ славу перваго писателя XVIII вѣка. Теперь—въ XX-мъ вѣкѣ—слава Вольтера потускнѣла, и произведенія его рѣже тревожатся на книжныхъ полкахъ, но слава Руссо устояла передъ натискомъ времени. Только—странная игра судьбы: современники Руссо (да и самъ онъ) цѣнили въ немъ прежде всего автора «Новой Элоизы» и «Эмиля», т. е. автора морально-педагогическихъ доктринъ и сентенцій. Послѣдующія же поколѣнія, начиная уже съ конца XVIII вѣка, цѣнили и цѣнятъ въ Руссо прежде всего автора «Общественнаго договора» и разсужденія «О причинахъ неравенства между людьми», т. е. писателя политическаго. «Эмиля» и въ особенности «Новую Элоизу» теперь уже не читаетъ никто, кромѣ спеціалистовъ. Прочесть же «Общественный договоръ» считается обязанностью всякаго, болѣе или менѣе серьезно интересующагося общественно-политическими проблемами. Въ связи съ этимъ не ослабѣваетъ и научный интересъ къ политической доктринѣ Руссо. Каждый годъ приноситъ все новыя и новыя изслѣдованія, посвященныя этой доктринѣ. Благодаря извѣстной

неопредѣленности и афористичности положеній «Общественнаго договора», споры относительно сущности взглядовъ Руссо, какъ политическаго мыслителя, не ослабѣваютъ, и почти всѣ основныя положенія его политическаго ученія до сихъ поръ интерпретируются учеными изслѣдователями доктрины въ самыхъ различныхъ, и часто прямо противоположныхъ, направленіяхъ. Авторъ даннаго очерка считаетъ, что этихъ споровъ было бы гораздо меньше, если бы въ изученіе «Общественнаго договора» было внесено болѣе *историчности*. Нельзя произведеніе XVIII вѣка изучать и критиковать съ точки зрѣнія понятій XX вѣка. Критикуя и изучая такое произведеніе, необходимо, раньше всего, понять *вѣкъ* произведенія, *его эпоху*, обще-принятыя понятія и взгляды ея. Далѣе нельзя изучать одного произведенія опредѣленнаго автора, оторванно отъ общихъ началъ и принциповъ его ученія, выразившихся *во всѣхъ* его произведеніяхъ. Каждый мыслитель (особенно политическій) тѣсно связанъ съ своей эпохой, каждое его произведеніе естественно связано съ общей его литературной физіономіей. Забывать объ этомъ,— значитъ грѣшить противъ принципа *историчности* изученія доктрины. Авторъ предлагаемаго читателямъ очерка постарался, насколько это было въ его силахъ, не забывать даннаго принципа. Больше того. Онъ постарался поставить этотъ принципъ въ основу всей работы и тѣмъ самымъ, разумѣется, обусловить планъ ея.

Эпоха Руссо.

Жанъ-Жакъ Руссо жилъ и работалъ наканунѣ великой французской революціи, когда всѣ недостатки и пороки стараго режима чувствовались особенно остро и особенно сильно волновали и возмущали. Понять, что было особенно ненавистно въ старомъ режимѣ для большинства французской націи, это значитъ понять многое. Руссо очень рѣзко выразилъ общее мнѣніе въ данномъ отношеніи: «Горсть людей утопаетъ въ роскоши и изобиліи благъ земныхъ, а голодающій народъ томится въ бѣдности и нищетѣ». Соціальное неравен-

ство во всѣ времена мучило высокіе умы, но въ разныя эпохи разно глядѣли на причины такого неравенства, разно толковали его. Для насъ—людей XX вѣка переживших богатый классовыми столкновеніями XIX вѣкъ—идея соціально-экономическаго неравенства связывается прежде всего съ идеей о классовой структурѣ общества. Мы видимъ, что даже при наличности формальнаго признанія равенства всѣхъ передъ закономъ, при отсутствіи *сословныхъ* перегородокъ, фактическое распредѣленіе средствъ производства и земли приводитъ къ тому, что большинство находится въ порабощеніи у меньшинства и меньшинства незначительнаго. Ученіе о классовомъ антагонизмѣ и классовыхъ различіяхъ для насъ почти все въ этомъ вопросѣ. Но это для насъ—для людей XX-го вѣка. Совсѣмъ иное было для эпохи Руссо. Вопросъ о классовыхъ различіяхъ тогда только еще намѣчался, вѣрнѣе сказать, онъ сливался съ вопросомъ о сословныхъ различіяхъ, стоявшимъ въ то время болѣе, чѣмъ остро. Послѣдствія сословнаго неравенства, т. е. *наслѣдственнаго неравенства передъ закономъ*, были у всѣхъ на лицо. Въ то время, какъ низшія сословія, включая буржуазію, изнемогали подъ бременемъ налоговъ, высшія пользовались всяческими льготами [1]); крестьянство изнывало подъ бременемъ разныхъ сеньеріальныхъ правъ и собственнаго безправія; ремесленники—въ узахъ цехового сословнаго строя... Государственная служба, церковная служба, торговля—все носило характеръ сословной закрѣпленности, стоявшей въ рѣзкомъ противорѣчіи къ требованіямъ эволюціонировавшей жизни. Вообще сословныя стѣсненія и несправедливости были чрезмѣрно велики, и для людей того времени казалось, что—стоитъ только уничтожить ихъ и установить формальное равенство въ свободѣ борьбы за свое благополучіе—остальное приложится само собою... Поведеніе привиллегированныхъ сословій еще болѣе усиливало такое убѣжденіе. Извѣстно, напримѣръ, что ре-

---

[1]) Срвн. М. Ковалевскій. «Происхожденіе соврем. демокр.» т. I, ч. I гл. I особенно стр. 105 (изд. 1901 г.).

формистскія попытки французскаго правительства потерпѣли въ предреволюціонное время неудачу изъ-за оппозиціи высшихъ сословій, болѣе короля заинтересованныхъ въ неприкосновенности стараго режима. Естественно поэтому, что требованіе равенства, понимаемаго въ смыслѣ равенства передъ закономъ, объединяло всѣхъ дореволюціонныхъ публицистовъ, если только ихъ умственный взоръ былъ хоть немного открытъ для вѣяній времени. Даже аристократъ—Монтескье не составлялъ въ данномъ случаѣ исключенія [1]). Естественно также, что именно борьба за уничтоженіе сословнаго неравенства и придавала революціонному движенію острый драматическій характеръ, какой оно имѣло въ 1792—95 годахъ [2]). Стремленіе къ равенству въ вышеуказанномъ смыслѣ является вообще наиболѣе яркой чертой, характеризующей великую французскую революцію. «Первымъ мотивомъ ея,—говорилъ одинъ изъ революціонныхъ дѣятелей Редереръ—было не желаніе освободить землю и личность, и не стремленіе устранить тѣ препоны, которыя связывали промышленность... Нѣтъ! Господствующимъ интересомъ не была ни собственность, ни свобода, рѣшающее вліяніе имѣло недовольство общественными различіями, страсть къ равенству». (Ковалевскій, ч. IV, стр. 351—3).

Итакъ, сословное неравенство и его послѣдствія— вотъ, что считалось наиболѣе сильнымъ общественнымъ зломъ въ эпоху Руссо. Это необходимо особенно ясно помнить, чтобы понять, какъ суть доктрины великаго мыслителя, такъ и причины ея успѣха. Параллельно со стремленіемъ къ равенству шло стремленіе къ свободѣ. «Lettres de cachet» и прочія прелести административнаго произвола дореволюціонной эпохи слишкомъ зна-

---

1) «Esprit de lois» кн. VIII, гл. 3; срвн. *М. Ковалевскій* op. cit. т. I, ч. IV, стр. 353—354.

2) Передъ самымъ паденіемъ монархіи, Людовикъ XVI велъ переговоры съ представителями національнаго собранія относительно программы необходимыхъ реформъ. Король соглашался на всѣ ограниченія королевской власти, и не согласился лишь на одно—на уничтоженіе сословно-имущественныхъ привиллегій духовенства и дворянства. Это привело къ республикѣ и къ дальнѣйшимъ событіямъ...

комы всѣмъ, чтобы надо было объяснять причины стремленія. И, какъ въ вопросѣ о сословномъ неравенствѣ,—въ требованіи законныхъ гарантій противъ административныхъ притѣсненій сходились всѣ предреволюціонные публицисты, начиная съ умѣреннѣйшихъ. Писатели школы Руссо, Монтескье, Вольтеръ и энциклопедисты всѣ протестуютъ противъ административной эпохи и требуютъ судебныхъ гарантій личной и имущественной свободы. Однако, заявляя объ извѣстныхъ правахъ индивида въ отношеніи къ государству, писатели эпохи Руссо совершенно иначе понимаютъ проблему, нежели индивидуалисты XIX вѣка. Послѣдніе, напр. Спенсеръ или Бенжаменъ Констанъ, исходятъ изъ вполнѣ опредѣленно выраженнаго недовѣрія къ дѣятельности государства. Для нихъ индивидуальныя права, область индивидуальной свободы является такой областью, передъ которой должна остановиться власть государства, какъ передъ непроницаемымъ барьеромъ. Свобода индивидуума для нихъ—понятіе, абсолютно устраняющее всякую дѣятельность, всякое вмѣшательство государства. Совершенно иначе понимаютъ и ставятъ проблему, писатели XVIII вѣка [1]). Абсолютнаго недовѣрія *къ государству вообще* у нихъ нѣтъ. Они не довѣряютъ лишь существующему, полицейскому государству, государству «стараго режима», но убѣждены, что при иномъ, болѣе раціональномъ, правовомъ государствѣ, государственная дѣятельность можетъ итти рука объ руку съ упроченіемъ свободы индивидуума. Всѣмъ извѣстная, формула Монтескье, что свобода состоитъ «въ правѣ дѣлать все, что дозволено законами» [2]), весьма ярко вскрываетъ міросозерцаніе эпохи. Формулируя кратко это міросозерцаніе, можно сказать, что въ XVIII вѣкѣ не столько стремились къ абсолютной свободѣ въ «сферѣ индивидуальныхъ правъ», сколько къ уничтоженію вопіющихъ административныхъ злоупотребленій и къ установленію принципа законности. Недостатки дѣйствительности,

---

[1]) См. объ этомъ краснорѣчивыя страницы въ книгѣ А. Мишеля «Идея госдуарства» (рус. пер.) стр. 95 слѣд.
[2]) «Esprit des lois», кн. XI, гл. 3.

такимъ образомъ, и тутъ, какъ и въ другихъ случаяхъ, подсказывали идеологіи ея направленія.

Отсутствіе принципіальнаго недовѣрія къ государственной дѣятельности, какъ мы уже сказали мимоходомъ, у публицистовъ XVIII вѣка неразрывно связывается съ представленіемъ объ иномъ, болѣе раціонально построенномъ, государственномъ строѣ. Это надо подчеркнуть особенно сильно. Думы и мечты о «новомъ» государствѣ и его основахъ наполняютъ политическую литературу XVIII вѣка. Говоря объ этихъ думахъ и мечтахъ, приходится остановиться на особомъ оптимизмѣ, пронизывающемъ ихъ. Восемнадцатый вѣкъ былъ вообще пропитанъ своеобразнымъ раціоналистическимъ оптимизмомъ, вѣрою въ человѣческую природу, во всемогущество человѣческаго разума и свободной человѣческой мысли. Природа людей, по существу, хороша и одинакова у всѣхъ людей. Учрежденія—общественныя и государственныя—дурны. Они-то портятъ человѣческую природу, они-то именно и вносятъ распри и злобу тамъ, гдѣ—по природѣ—могли бы царить миръ и гармонія. *Но человѣкъ можетъ все.* Можно сразу, дружнымъ, энергичнымъ напоромъ превратить грустную и ирраціональную дѣйствительность въ царство разума, правды и счастья *Надо только реформировать государственныя учрежденія.* Этимъ учрежденіямъ и вообще политической организаціи общества придавалось *первенствующее* значеніе, а перестройка ихъ казалась дѣломъ легкимъ, ибо никогда человѣчество не относилось съ такой презрительной легкостью къ силѣ историческихъ традицій, какъ въ это время [1]). Легко можно понять, насколько такое оптимистическое и легкое разрѣшеніе общественныхъ проблемъ находилось въ связи съ политической дѣйствительностью и ея оцѣнкою. Два главныхъ, съ точки зрѣнія современниковъ, обществен-

---

[1]) Любопытно то, что Монтескье и Руссо гораздо большее придавали значеніе силѣ прошлаго, чѣмъ многочисленные послѣдователи и популяризаторы ихъ доктринъ. Относительно Руссо это особенно ясно выразилось въ его «Соображеніяхъ о государственномъ устройствѣ Польши», гдѣ онъ съ большой осторожностью обращается съ историческими традиціями (см. ниже).

ныхъ зла—сословное неравенство и административный произволъ, казалось,—дѣйствительно могли быть уничтожены путемъ чисто политической реформы.

Въ предыдущемъ мы попытались изложить, тѣ главныя политическія стремленія и понятія эпохи Руссо, какія было важно изложить для правильнаго пониманія его ученія. Только *тѣ* и только *главныя*, ибо объ исчерпывающемъ изложеніи въ данномъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи: это завело бы слишкомъ далеко и оставило бы сказать слишкомъ многое. Но, если можно удовлетвориться сказаннымъ, поскольку дѣло идетъ объ общественно-политической характеристикѣ эпохи, то для общей характеристики ея необходимо сказать нѣсколько словъ о моральномъ и интеллектуальномъ состояніи высшаго образованнаго европейскаго (въ особенности французскаго) «общества», съ такимъ восторгомъ принявшаго Руссо, какъ пророка и учителя. Знакомясь съ этимъ обществомъ, я всегда, по ассоціаціи, вспоминалъ римское общество II—III вѣковъ по Р. Хр. Какъ и послѣднее, это было типичное общество временъ упадка—развращенное, относящееся скептически ко всему—даже къ атеизму (и потому въ вопросахъ вѣры придерживающееся весьма удобныхъ деистическихъ доктринъ), придающее бо́льшее значеніе эффектной внѣшности, чѣмъ внутреннему содержанію, и оратора—діалектика ставящее выше истиннаго философа. Это было общество падкое на всякую новизну, томящееся въ своей безпринципной пустотѣ и жадно хватавшееся за все, что хоть сколько-нибудь могло заставить забыть о внутренней пустотѣ. Рядомъ съ этимъ обществомъ и даже въ нѣдрахъ его бродили свѣжія силы, назрѣвали новыя идеи... Уже нарождался протестъ и даже ковались въ глубинахъ жизни мечи для его реализаціи, но не эти молодыя силы «давали тонъ», а философскіе скептики, а изящные болтуны, извѣрившіеся во всемъ и видѣвшіе въ самой рѣзкой и революціонной идеѣ лишь способъ щекотать себѣ нервы, утомленные развратомъ и безпутствомъ...

И это-то общество сдѣлалось, волею судебъ, первой аудиторіей и первымъ судьей Руссо.

Душевный складъ Руссо.

«Непонятнымъ для меня образомъ—писалъ о себѣ Руссо—во мнѣ соединяются два элемента, почти несоединимые: очень горячій темпераментъ, очень живыя, бурныя страсти и большая медленность въ зарожденіи идей, которыя сперва очень неясно и всегда слишкомъ поздно приходятъ мнѣ въ голову. Кажется, будто мой умъ и сердце не принадлежатъ одной и той же личности» [1]. Эта самохарактеристика, весьма часто цитируемая изслѣдователями Руссо, цитируется заслуженно. Чѣмъ больше знакомишься съ характеромъ Руссо, тѣмъ больше убѣждаешься, насколько справедливъ этотъ самоанализъ мыслителя. Давая себѣ такую характеристику, Руссо заблуждался, пожалуй, въ одномъ—въ томъ, что считалъ черты своего характера «почти не соединимыми», въ то время какъ правильнѣе считать, что одна изъ нихъ естественно обусловливала другую.

Итакъ, Руссо не принадлежалъ къ тѣмъ уравновѣшеннымъ, созерцательнымъ натурамъ, которыхъ много среди великихъ мыслителей. Руссо—весь эмоція, чувство, страсть. Когда онъ увлеченъ чѣмъ-либо онъ, не знаетъ мѣры и самъ говоритъ, что ему «свойственна привычка доводить все до крайности» [2]. Кромѣ этого, и въ связи съ этимъ, онъ фантазеръ и мечтатель. *Не дѣйствительность владѣетъ имъ, а онъ владѣетъ дѣйствительностью*, и когда послѣдняя не удовлетворяетъ его, онъ вознаграждаетъ себя своимъ собственнымъ воображеніемъ, создавая, вмѣсто неудовлетворительной дѣйствительности, прекрасные и великіе призраки. Неприглядная дѣйствительность только заставляетъ сильнѣе и энергичнѣе работать его воображеніе. «Мое воображеніе,—пишетъ онъ, бываетъ взволновано особенно пріятно, когда мнѣ плохо живется .. Чтобы мнѣ видѣть картину весны, необходима зима вокругъ меня; если я стремлюсь описать прелестный пейзажъ, я дол-

---

[1] «Исповѣдь», кн. 3.
[2] «Исповѣдь», кн. IX.

женъ запереться въ четырехъ стѣнахъ. Я сто разъ повторялъ—бросьте меня въ Бастилію, и я создалъ бы въ ней картину свободы» [1]). Привлекательные вымыслы [2])—вотъ, что онъ болѣе всего любитъ и что лучше всего удается ему. Поэтому, когда мысль его, задавленная эмоціями, мысль, столь тяжело и долго, – по собственному признанію,—рождающаяся въ немъ, наконецъ, оформится, выльется въ болѣе или менѣе опредѣленные контуры, то эта мысль не явится у Руссо здравымъ и глубоко продуманнымъ плодомъ анализа дѣйствительности, а результатомъ все тѣхъ же «привлекательныхъ вымысловъ»; тѣхъ изъ нихъ, которые почему-либо оказались наиболѣе устойчивыми, наиболѣе сроднившимися съ душой Руссо.

Какіе же «привлекательные вымыслы» могутъ быть наиболѣе устойчивы у такого фантазера—мечтателя? Отвѣтъ напрашивается самъ собой. Мечтатель—нищій грезитъ о богатствѣ, полуголодный о роскошной трапезѣ; обманутый въ стремленіяхъ къ любви о любовныхъ радостяхъ *Мечты рождаются по контрасту съ дѣйствительностью.* Мечты вынашиваются въ душѣ и сживаются съ ней въ томъ случаѣ, если дѣйствительность своими фактами упорно направляетъ къ нимъ фантазію мечтателя. Примѣняя къ Ж. Ж. Руссо, *какъ мыслителю эпохи,* данный общій законъ психологіи, и всматриваясь съ этой точки зрѣнія въ его произведенія, мы увидимъ, что неудовлетворенныя потребности эпохи, ея наиболѣе яркіе дефекты, нашли въ произведеніяхъ Руссо свое *идеальное отраженіе.* Мыслитель—фантазёръ направлялъ всю силу своего воображенія, все богатство своей фантазіи на тѣ стороны жизни, гдѣ была особенно неприглядна дѣйствительность, и вмѣсто нея воздвигалъ золотые замки, идеальные типы... свою мечту. И, отвѣчая, такимъ образомъ, духовной потребности другихъ неудовлетворенныхъ людей современности, дѣлался ихъ кумиромъ, ихъ пророкомъ.

---

[1]) Ibid. кн. 4.

[2]) «Riantes fictions» см. *М. Розановъ* «Ж. Ж. Руссо и литературное движ.» т. I, М. 1910 г., стр. 83.

Общая характеристика ученія Руссо.

Въ одномъ изъ своихъ писемъ (письмо къ Парижскому архіепископу Бомону) Руссо говоритъ о себѣ: «Я писалъ о разнообразныхъ предметахъ, но всегда руководился одними и тѣми же принципами» [1]). Это положеніе Руссо опровергается весьма многими изъ его ученыхъ изслѣдователей. Особенно распространено воззрѣніе, что политическія идеи Руссо стоятъ въ рѣзкомъ противорѣчіи съ другими мыслями философа. Мы лично, полагаемъ однако, что Руссо правъ, говоря объ единствѣ вдохновлявшихъ его принциповъ. Въ дальнѣйшемъ, мы постараемся доказать это. Живи Руссо въ періодъ революціи или вообще въ періодъ частыхъ духовныхъ и политическихъ бурь, — очень могло бы быть, что его страстная увлекающаяся натура не разъ заставила бы его перемѣнить «курсъ» творчества. «Не разъ, быть можетъ, пришлось бы Руссо сжечь то, чему онъ поклонялся, и поклониться тому, что раньше сжигалось. Но эпоха Руссо была *подготовительной* эпохой для грандіознаго общественно - политическаго взрыва. Одно настроеніе пронизываетъ эпоху и только сгущается и крѣпнетъ съ теченіемъ времени. Уже въ своихъ первыхъ произведеніяхъ Руссо удачно откликнулся на это настроеніе... Ему оставалось итти по разъ намѣченному пути... Туда толкали его и личныя особенности, и общія похвалы, и--наконецъ--критика [1]). И отсюда-то получилась—«*геніальная односторонность*, отличающая всѣхъ мыслителей, для которыхъ единственная цѣль жизни есть осуществленіе одной опредѣленной идеи» [3]). Такую «геніальную односторонность» не исключаетъ и не колеблетъ, конечно, цѣлый рядъ мелкихъ непослѣдовательностей, на какія, при внимательномъ чтеніи Руссо, наталкиваешься сплошь да рядомъ.

---

[1]) Срвн. *Розановъ*, стр. 1.

[2]) Отлично рисуетъ *естественность* эволюціи мыслей Руссо, примѣнительно къ политической доктринѣ мыслителя, проф. А. С. Алексѣевъ. «Этюды о Руссо», т. II, ч. I.

[3]) *Геттнеръ*. «Фран. литература XVIII в.» Спб. 1866 г., стр. 316—317.

Мы уже ознакомились вкратцѣ съ моральнымъ состоянiемъ общества, къ которому, главнымъ образомъ, обращалъ свою рѣчь Руссо; при этомъ позволили себѣ охарактеризовать это общество однимъ словомъ—упадочное. Это упадочное общество для Руссо было, можно сказать, почти единственнымъ культурнымъ обществомъ и во всякомъ случаѣ типичнѣйшимъ. Руссо прибылъ въ Парижъ въ 1741 году, почти тридцати лѣтъ отъ роду. До сихъ поръ онъ былъ деревенскимъ жителемъ и лишь теперь входитъ въ непосредственное и близкое сношенiе съ парижской интеллигенцiей, въ ряды которой и вступаетъ [1]). Впечатлѣнiя, какiя вынесъ Руссо изъ своего столкновенiя съ культурной средой, были очень ярки и своеобразны На него—«человѣка полей» эта среда и ея люди произвели въ высшей степени отрицательное впечатлѣнiе И это впечатлѣнiе усилилось еще тѣмъ, что сама-то среда не очень благожелательно отнеслась къ будущей знаменитости. И Руссо не жалѣетъ яркихъ красокъ и сильныхъ словъ для отрицательныхъ отзывовъ о парижской жизни вообще и о парижскихъ знаменитостяхъ литературнаго мiра въ особенности [2]).

Врядъ ли, такимъ образомъ, ошибемся сказавъ, что именно это первое непрiятное и отрицательное впечатлѣнiе, полученное отъ культурнаго Парижа, и послужило основанiемъ къ созданiю доктрины Руссо. Онъ видѣдъ передъ собой общество развращенное, изнѣженное, расслабленное, неспособное глубоко любить и чувствовать, болѣе симпатизирующее внѣшнимъ эффектамъ и позамъ, чѣмъ серьезной и вдумчивой работѣ. Онъ видѣлъ передъ собою систему воспитанiя, построенную на традицiонныхъ авторитетахъ, мало заботящуюся о душѣ подростающаго поколѣнiя, о потребностяхъ этой души и здоровомъ удовлетворенiи ихъ.

---

[1]) О внѣшнихъ событiяхъ жизни Руссо читатель найдетъ достаточный матерiалъ у *Дж. Морлея* «Руссо» (русскiй переводъ Невѣдомскаго, М. 1887 г.). Много интереснаго и цѣннаго у Алексѣева въ «Этюдахъ о Руссо» т. I («Руссо во Францiи»). Если Морлей относится скорѣе неодобрительно къ личности Руссо, проф. Алексѣевъ является его апологетомъ.

[2]) Алексѣевъ, т. I, стр. 23—40. Морлей, глава VI, особ. стр. 140 слѣд.

Онъ видѣлъ, наконецъ, что люди призванные, казалось, быть учителями общества, сами не въ меньшей, если не въ большей, степени, заражены пороками и предразсудками его. И въ наукѣ и въ искусствѣ эпохи онъ видѣлъ ту же фальшь, искусственность и поверхностность, что и вездѣ. Его лихорадочное воображеніе, всегда наклонное къ гиперболизму, къ преувеличенію, раздуло «впечатлѣнія бытія» въ огромный душевный пожаръ. Не вполнѣ радушный пріемъ его со стороны общества только подлилъ масла въ огонь... И, вотъ, мы имѣемъ доктрину Руссо, *всего Руссо*... Сначала онъ только бичуетъ, натолкнутый къ бичеванію темами Дижонской академіи [1]). Затѣмъ волшебствомъ воображенія преодолѣваетъ неприглядную дѣйствительность и ткетъ изъ «привлекательныхъ вымысловъ» свои положительныя концепціи: «Новую Элоизу», «Эмиля», «Общественный договоръ».

Каковы же общія основанія этой, родившейся изъ отрицанія и осужденія дѣйствительности, доктрины? Прежде всего и больше всего ее можно охарактеризовать какъ призывъ: «Вернитесь къ природѣ»! Призывъ этотъ проникаетъ всю доктрину Руссо и одухотворяетъ ее. Естественна психологическая подоснова призыва. Человѣкъ полей и лѣсовъ приходитъ въ городъ, какъ очагъ культуры, не удовлетворяется городомъ и условіями жизни въ немъ, и въ немъ рождается призывъ— «назадъ! къ природѣ». Однако точно опредѣлить, въ чемъ долженъ заключаться этотъ возвратъ, что именно въ жизни культурнаго (читайте городского) человѣчества должно подлежать отмѣнѣ—не такъ-то просто. Надъ разрѣшеніемъ этой проблемы и работалъ Руссо всю свою жизнь, исходя, разумѣется, изъ данныхъ своей эпохи.

Начнемъ съ самаго простого. Конечно, Руссо любитъ,—даже больше—обожаетъ природу, понимаемую

---

[1]) Какъ извѣстно Руссо написалъ два разсужденія на темы, заданныя Дижонской академіей. Въ 1750 году вышло въ свѣтъ первое—«О вліяніи наукъ и искусствъ на нравы» (оно было премировано и положило основаніе литературной славѣ Руссо). Въ 1754 году появляется второе—«О причинахъ неравенства между людьми». Это премировано не было, хотя написано болѣе опытной рукой и содержитъ болѣе зрѣлыя мысли...

въ обычномъ смыслѣ. Онъ любитъ просторъ полей, лѣса, горы, любитъ блескъ солнца въ зелени деревъ и въ небесной лазури... Любитъ свѣжій воздухъ, свѣжій вѣтеръ, звѣздную чашу неба ночью. Любитъ пробужденіе весны и кроткое увяданіе осени, пѣніе птицъ и запахи травъ .. Созерцаніе красотъ природы непосредственнымъ образомъ дѣйствуетъ на его душевныя переживанія. Онъ становится чище и лучше, сталкиваясь съ природой. Указаніями на благотворное дѣйствіе послѣдней полна «Исповѣдь», гдѣ герой—самъ Руссо. Герои другихъ произведеній мыслителя—Сенъ Прэ и Юліи въ «Новой Элоизѣ», Эмиль и Софія въ Эмилѣ также не скупятся на выраженія, подчеркивающія ихъ любовь къ природѣ. Деревенской жизни, т. е. жизни на лонѣ любимой природы противополагается жизнь городская, гдѣ жители видятъ вокругъ себя лишь стѣны, улицы и преступленія» [1]... Отношеніе къ послѣдней, разумѣется самое отрицательное.

Въ тѣсной связи съ только что сказаннымъ находится другая мысль Руссо, болѣе глубокая. Руссо оцѣниваетъ моральное состояніе культурнаго человѣчества и приходитъ къ самымъ печальнымъ выводамъ въ данномъ отношеніи еще въ первомъ своемъ разсужденіи на тему Дижонской академіи. Главное зло—въ томъ, что образованное общество нерелигіозно и аморально. Отсюда испорченные вкусы, ненасытимая жажда къ удовольствіямъ, большею частію, низменнымъ и порочнымъ, потребности, которыхъ нельзя удовлетворить за неимѣніемъ средствъ, развитіе наукъ и искусствъ, порожденныхъ пороками и порождающихъ пороки—проповѣдующихъ атеизмъ, глумящихся надъ патріотизмомъ и другими здоровыми человѣческими чувствами и т. д. и т. д. «Люди созданы не для того,—замѣчаетъ Руссо, чтобы скучиваться въ муравейникѣ, но чтобы жить разсѣянными по землѣ, которую они должны обрабатывать. Чѣмъ больше они скучиваются, тѣмъ больше портятся. Тѣлесныя болѣзни, равно какъ и душевные пороки, являются неизбѣжнымъ слѣдствіемъ этого слиш-

[1]) «Исповѣдь», кн. 12.

комъ многочисленнаго скопленія. Городъ—омутъ для людей. Въ нѣсколько поколѣній расы гибнутъ или вырождаются. Имъ нужно обновленіе, и это обновленіе даетъ деревня» [1]).

И такъ опять деревня, какъ средство для возстановленія физической силы, моральной твердости и религіозности человѣчества. Деревня, деревенскій укладъ жизни очищается и разукрашивается творческой фантазіей Руссо. Говоря о деревенскихъ радостяхъ и заботахъ, Руссо готовъ «забыть свой вѣкъ и своихъ современниковъ». Онъ восхищается патріархальностью семейнаго быта, зторовой умѣренностью потребностей, скромной религіозностью и нравственностью деревенскихъ жителей. Онъ не устаетъ повторять, что человѣкъ долженъ воспитываться такъ, чтобы полюбить деревню, иными словами онъ долженъ быть воспитанъ, примѣнительно къ потребностямъ и запросамъ деревенской жизни. Воспитывая ребенка, прежде всего необходимо воспитать въ немъ живое чувство нравственности и религіозности... Общеобразовательныя науки проходятся по весьма умѣренной программѣ (исторія исключается изъ числа ихъ), за то изучается въ совершенствѣ како-либо ремесло.

Таково въ общихъ чертахъ содержаніе призыва Ж. Ж. Руссо. На частностяхъ останавливаться мы не будемъ. Руссо вѣренъ себѣ и когда протестуетъ, во имя глубокой, естественной страсти, противъ манернаго жеманничанія и кокетства, и когда горячо ратуетъ противъ института кормилицъ, настаивая на томъ, чтобы матери сами кормили своихъ дѣтей, и когда нападаетъ на театръ, какъ разсадникъ безнравственности... Но—повторяемъ—на деталяхъ мы останавливаться не будемъ. Передъ нами стоитъ теперь весьма важный вопросъ, на который невольно наталкивается всякій изслѣдователь доктрины Руссо,—*вопросъ о принципіальномъ отношеніи Руссо къ культурѣ и къ культурному прогрессу.*

Понятно—откуда вытекаетъ этотъ вопросъ. Своими постоянными нападками на все городское, отожествляв-

[1]) «Эмиль», кн. I.

шееся у Руссо съ идеей о культурномъ, своимъ противопоставленіемъ этому культурному — сельскаго и естественнаго, какъ чего-то несравненно лучшаго — Руссо несомнѣнно вызывалъ мысль о томъ, что онъ является принципіальнымъ противникомъ культуры. Когда же читаешь его разсужденіе «о вліяніи искусствъ и наукъ на нравы», доставившее ему первую славу, то эта мысль получаетъ серьезное подтвержденіе. Разсужденіе написано болѣе, чѣмъ туманно. Въ немъ гораздо больше реторическихъ украшеній и поэтическихъ отступленій, чѣмъ серьезной аргументаціи. Мысль диссертаціи та, что только *то положеніе общества нормально, при которомъ науки не мѣшаютъ добродѣтели*... Но, протестуя противъ неэтичности современныхъ ему науки и искусства, онъ преувеличиваетъ въ выраженіяхъ, такъ что у читателя не разъ возникаетъ сомнѣніе — да не относится ли авторъ съ отрицаніемъ вообще къ наукамъ и культурѣ.

Объ этомъ говорятъ, прежде всего, историческіе примѣры, подобранные Руссо и стремящіеся доказать, что развитіе наукъ и искусствъ всегда шло параллельно съ развитіемъ испорченности нравовъ и внутреннимъ разложеніемъ обществъ. Объ этомъ же говорятъ сентенціи вродѣ слѣдующихъ: «Народы! знайте разъ навсегда, что природа хотѣла васъ уберечь отъ науки, какъ мать вырываетъ изъ рукъ ребенка опасное оружіе. Люди порочны; они были бы еще хуже, если бы они, по несчастью, родились учеными». «Между тѣмъ какъ удобства жизни увеличиваются, искусства улучшаются, а роскошь распространется, — истинное мужество ослабѣваетъ, доблесть исчезаетъ, и это — дѣло наукъ, которыми занимаются въ тиши кабинетовъ».. [1]). Мы могли бы привести еще цѣлый рядъ аналогичныхъ отрывковъ. Читая ихъ, невольно приходишь къ выводу, что культура есть нѣчто противоположное природѣ и является болѣзненнымъ, ненормальнымъ уклоненіемъ отъ послѣдствій [2]). За такими гиперболическими утвержденіями

---

1) «Discours sur les sciences» ect. Срвн. *Розановя*, стр. 68—69.
2) *Розановъ*, стр. 69.

какъ-то скрадывается основная мысль автора, вовсе не осуждающаго вообще наукъ, а только науки безнравственныя... И во всякомъ случаѣ дѣлается яснымъ, что для автора выше нравственное незнаніе, чѣмъ безнравственное знаніе...

Такова была позиція Руссо въ началѣ его дѣятельности. Послѣдующая критика заставила его умѣрить пылъ и формулировать свою мысль въ болѣе скромныхъ и опредѣленныхъ выраженіяхъ. Прежде всего онъ принимаетъ существенную культуру за фактъ, исчезновеніе котораго привело бы къ самымъ плохимъ послѣдствіямъ. «Человѣческая природа не идетъ вспять и никогда не возвращается къ временамъ невинности и равенства, разъ отъ нихъ удалившись»... Если уничтожить науки и искусства, театры и академіи и погрузить міръ въ первобытное невѣжество», это «приведетъ лишь къ тому, что исчезнутъ средства противъ пороковъ, а сами пороки останутся, и испорченность смѣнится разбоемъ»[1]). Такимъ образомъ культура признается; она дѣлается, какъ бы тоже естественной и необходимой по самому существу рамкой для жизни современнаго человѣчества. Только она не должна портить естественныя силы человѣка; приспособляя его для жизни въ культурномъ обществѣ, она должна сохранить его нравственнымъ, религіознымъ, здоровымъ физически и душевно и обязана, насколько можетъ, способствовать моральному развитію человѣчества. *Это будетъ здоровая культура* [2]).

Мы заключимъ свою характеристику общихъ взглядовъ Руссо указаніемъ на глубокое чувство индивидуализма, какое проникаетъ всѣ его писанія. Онъ преисполненъ великимъ почтеніемъ къ каждой отдѣльной личности человѣка. «Homme, ne déshonore point l'homme»? Кому неизвѣстно это знаменитое восклицаніе Руссо? Преклоняясь передъ природой вообще, онъ въ особенности преклоняется передъ человѣческой природой. Онъ страстно отстаиваетъ необходимость, чтобы всѣ при-

---

[1]) «Rousseau juge de Jean Jacques», III, діалогъ. Срвн. Алексѣевъ, т. II, стр. 103—104.

[2]) Срвн. Розановъ, стр. 74.

родныя, естественныя силы человѣка развернулись во всей ихъ красотѣ. Его сочиненія исполнены возмущеніемъ противъ условій городской жизни, между прочимъ, потому, что она обезличиваетъ индивидуальности, превращаетъ людей въ стадо. Его принципъ воспитанія базируется на уваженіи къ естественнымъ способностямъ человѣка: воспитатель не долженъ загружать душу воспитанника нравоучительными сентенціями и доктринерскими истинами; онъ долженъ лишь пробудить дремлющія природныя силы ученика и привести ихъ въ дѣйствіе. Руссо большой поклонникъ уединенія, ибо уединеніе формируетъ индивидуальность. И деревенскій укладъ жизни ему еще милѣе оттого, что по его мнѣнію только тамъ индивидуальность можетъ распуститься полнымъ цвѣтомъ. Относительно индивидуалистическаго характера доктрины Руссо нѣтъ споровъ среди его изслѣдователей, пока дѣло не касается политическихъ взглядовъ мыслителя. Что Руссо—индивидуалистъ въ своихъ первыхъ «Разсужденіяхъ», въ «Новой Элоизѣ» и въ «Эмилѣ» — противъ этого никто не споритъ. Однако,—какъ сказано уже выше,—многіе полагаютъ, что отъ своихъ индивидуалистическихъ принциповъ, столь гармонирующихъ со всей его доктриной, Руссо отступилъ въ «Общественномъ договорѣ». Въ дальнѣйшемъ мы постараемся показать, что и это отступленіе лишь кажущееся.

Политическая доктрина Ж. Ж. Руссо.

а) Происхожденіе доктрины.

Вопросъ о происхожденіи политической доктрины Руссо до сихъ поръ является однимъ изъ самыхъ запутанныхъ вопросовъ. И это понятно. Въ созданіи этой доктрины участвовали, вліяя на ея автора, различные факторы. Изслѣдователи вопроса обращали преимущественное вниманіе то на одинъ, то на другой, то на третій факторъ, а въ результатѣ—разногласія, весьма неблагопріятно отзывающіяся на положеніи вопроса.

Необходимо прежде всего отмѣтить вліяніе на Руссо предшествующихъ политическихъ писателей. Въ шестомъ «письмѣ съ горы», представляющемъ сжатое и очень интересное изложеніе самимъ Руссо своей доктрины— Руссо указываетъ, по нашему мнѣнію, главныхъ изъ своихъ учителей. Здѣсь онъ упоминаетъ о Платонѣ, Гоббсѣ, Сиднеѣ, Альтузіи, Локкѣ, Монтескье и аббатѣ Сен-Пьерѣ. За исключеніемъ, пожалуй, послѣдняго, всѣ эти имена говорятъ сами за себя и въ XX-мъ вѣкѣ. Къ сочиненіямъ этихъ «учителей» надо прибавить сочиненія Аристотеля, Спинозы, Гуго Гроція, Фильмера, Пуфендорфа, затѣмъ, Маккіавелли, сущность взглядовъ котораго Руссо такъ хорошо понялъ [1]), и др. На Руссо замѣтно вліяніе всѣхъ этихъ мыслителей. Къ нѣкоторымъ изъ нихъ, напр., къ Гуго-Гроцію и Пуфендорфу, онъ относится съ большой критикой, надъ Фильмеромъ шутитъ... Но позднѣйшіе писатели учатся даже у такихъ предшественниковъ, къ которымъ относятся отрицательно.

Говоря объ его «учителяхъ», мы должны будемъ упомянуть о Платонѣ, Гоббсѣ, Гроціи, Локкѣ, Альтузіи и Монтескье. У Платона Руссо заимствуетъ ясную формулировку мысли, что лишь въ томъ государствѣ можетъ быть нормальна жизнь, гдѣ нѣтъ мѣста личному произволу, гдѣ даже самъ правитель (не говоря уже о другихъ) *подчиняется велѣнію закона* [2]) У Платона же Руссо вычиталъ о правительствѣ мудрыхъ, какъ о лучшемъ правительствѣ [3]). Что касается Гоббса, то ученіе о томъ, что въ общественномъ состояніи у индивида не можетъ быть никакихъ изначальныхъ правъ,

---

1) «Du Contrat social» прим. къ 6-й главѣ III-й книги.

2) «Разсужденіе о происхожденіи неравенства».. Вотъ, это знаменитое мѣсто: «Qu'on ne dise donc point que le Souverain ne soit pas sujet aux lois de son État, puisque la proposition contraire est uné vérité du droit des gens que la flatterie a quelquefois attaquée, mais que les bons Princes ont toujours défendue comme une divinité tutelaire de leurs Etats. Combien est-il plus légitime de dire *avec le sage Platon*, que la parfaite felicité d'un royaume est *qu'un Prince soit obéi de ses sujets*, *que le Prince obéisse à la loi*, et que la loi soit droite et toujours dirigée au bien public?» (Цитирую по лондонск. изданію 1776 г. т. II, стр 81).

3) То же «разсужденіе» въ посвященіи Женевской республикѣ. Срвн. М. Ковалевскій ук. соч. т. I, ч. 4, стр. 429.

существующихъ помимо соизволенія государства, это ученіе несомнѣнно родилось подъ сильнымъ вліяніемъ великаго юридическаго ума автора «Левіафана» и «De cive». Гоббсъ вообще очень интересовалъ Руссо. Послѣдній не устаетъ полемизировать съ «великимъ софистомъ», но мы видимъ, при чтеніи, какъ эта полемика проясняетъ и очищаетъ мысль самого Руссо. То же самое надо сказать и о вліяніи на Руссо Гроція.

И у Гобса и у Гроція Руссо встрѣчалъ идею объ общественномъ договорѣ, какъ основаніи общества, но не въ ихъ освѣщеніи онъ воспринялъ эту идею. Въ данномъ случаѣ онъ слѣдовалъ по стопамъ Альтузія и Локка. Онъ раздѣляетъ мысль Локка о томъ, что народъ не можетъ отказаться отъ изначальной принадлежащей ему власти, въ пользу кого-либо. Вліяніе Локка сказывается во всемъ, что говоритъ Руссо о договорномъ происхожденіи государства [1]). Что касается Альтузія, то, послѣ знаменитой работы Гирке [2]), съ несомнѣнностью установлено весьма значительное вліяніе нидерландскаго ученаго на Руссо въ вопросѣ *о значеніи и послѣдствіяхъ общественнаго договора*. Идея о томъ, что общественнымъ договоромъ совершается *цѣлостная* передача каждымъ себя и своего имущества въ руки общественной организаціи, идея о томъ, что установленіе правительства не входитъ въ содержаніе общественнаго договора и представляетъ изъ себя актъ простого уполномочиванія довѣренныхъ, т. е. актъ, сила котораго можетъ быть всегда уничтожена единоличной волею уполномочивающаго народа — всѣ эти мысли встрѣчаются въ одинаковой формулировкѣ и у Альтузія и у Руссо.

Наконецъ, вліяніе Монтескье сказывается у автора «Du contrat social» на очень многомъ. Руссо прямо ссылается на Монтескье, говоря въ «Общественномъ договорѣ» о вліяніи климата на форму правительства, о принципахъ разныхъ формъ правительствъ. Онъ вѣрно слѣдуетъ ему въ вопросѣ о значеніи величины терри-

---

1) Срвн. М. Ковалевскій, ч. IV, т. I, стр. 438 слѣд.
2) «Johannes Althusius... etc». Breslau, 1880.

торіи государства (этомъ столь важномъ съ точки зрѣнія Монтескье вопросѣ) и степени населенности государства [1]). Впрочемъ, какъ ни сильно вліяніе Монтескье на Руссо, оно сказывается, большею частію, въ вопросахъ, не являющихся типичными и существенными для доктрины автора «Du Contrat social» [2]).

Если, такимъ образомъ, предшествующая политическая литература оказала большое вліяніе на автора «Общественнаго договора» и во многомъ помогла ему оформить его взгляды, то, съ другой стороны, эти взгляды выросли и сложились подъ непосредственнымъ наблюденіемъ и размышленіями надъ *политической дѣйствительностью*. Выше мы уже говорили, что почти до тридцатилѣтняго возраста Руссо былъ «жителемъ полей», не знакомымъ съ нервной городской жизнью. Надо добавить, что онъ былъ уроженцемъ Швейцаріи, (Женевы) и до прибытія въ Парижъ жилъ въ обстановкѣ демократической и скромной, столь гармонировавшей съ его общими симпатіями и вкусами... Проф. Алексѣевъ вполнѣ правильно полагаетъ, что въ такой обстановкѣ «его убѣжденія, согласовавшіяся со вкусами и нравами окружавшаго его общества, таились мирно въ его душѣ и не проникались отрицательными тенденціями» [3])... Но, вотъ, Руссо попадаетъ въ Парижъ, въ среду, которая, какъ мы видѣли, стояла въ рѣзкой противоположности съ его симпатіями... Эта среда была мало симпатична ему не только съ точки зрѣнія моральной, но и *политической*. Если до сихъ поръ онъ жилъ въ обществѣ, гдѣ интересы цѣлаго, какъ ему казалось по крайней мѣрѣ, гармонично сочетаются съ интересами и свободой отдѣльныхъ лицъ, то теперь онъ попадаетъ въ общество, гдѣ власть стоитъ въ рѣзкой оппозиціи къ общественнымъ стремленіямъ и

---

[1]) Срвн. М. Ковалевскій, ч. IV, стр. 435—437. *Онъ-же*. Статья «О Духѣ законовъ» (вступительная къ переводу этого сочиненія подъ редак. А. Г. Горнфельда. Спб. 1900 г.

[2]) О предшественникахъ Руссо даетъ цѣлый связный очеркъ *Liepmann* въ книгѣ «Die Rechtsphilosophie des J. J. Rousseau». Berlin, 1898, стр. 17—64 Особаго интереса очеркъ этотъ не представляетъ.

[3]) »Этюды о Руссо», т. II, стр. 63.

индивидуальной свободѣ. И, вотъ, вполнѣ естественно, что его симпатіи и взгляды, до сихъ поръ мирно дремавшіе въ немъ, получаютъ теперь аггрессивный характеръ. Проблема идеальнаго общественнаго устройства и вопросъ о причинахъ общественныхъ золъ и неустройствъ встаютъ передъ нимъ во всемъ своемъ величіи. И здѣсь, какъ и въ вопросахъ морали, впечатлѣнія «первыхъ лѣтъ бытія» оказываются рѣшающими. Если онъ принесъ въ Парижъ любовь къ простой и нравственной сельской жизни, то онъ принесъ также сюда любовь къ тому государственному устройству, какое онъ считалъ наиболѣе подходящимъ къ сельской жизни—къ демократическому устройству родной Женевы. Безрадостныя политическія впечатлѣнія, вынесенныя изъ Франціи и Венеціи, куда толкнула его судьба, оформили любовь къ порядкамъ своей родины, а пребываніе вдали отъ послѣдней, среди непріятной ему обстановки, вмѣстѣ съ этимъ, придало особую силу и особую мечтательность первоначальному чувству. Какъ прекрасно доказываетъ проф. Алексѣевъ во второмъ томѣ своей работы о Руссо,—послѣдній далеко не понималъ истиннаго состоянія государственнаго быта Женевы въ то время, когда на тысячи ладовъ восхвалялъ его. Онъ преувеличивалъ, — конечно, безсознательно—достоинства и затушовывалъ недостатки Женевской конституціи, съ которой хорошо познакомился много позднѣе опубликованія своего второго разсужденія на тему Дижонской академіи съ панегирическимъ посвященіемъ разсужденія Женевѣ. Но это недостаточное знакомство даетъ тѣмъ большій просторъ фантазіи Руссо при восхваленіи достоинствз Женевской конституціи, лучше которой, по его мнѣнію, не можетъ быть ничего, подъ сѣнію которой онъ мечтаетъ жить и умереть [1])...

---

[1]) «Посвященіе» второго «разсужденія» Женевѣ заключаетъ въ себѣ не критику Женевскихъ порядковъ, какъ думаетъ Алексѣевъ, а восхваленіе ихъ. Такимъ образомъ, въ интерпретаціи «посвященія» необходимо согласиться не съ Алексѣевымъ, а съ М. М. Ковалевскимъ. См. А. С. Алексѣевъ, т. II, стр. 248—249. М. Ковалевскій, ч. IV, стр. 522.

Какимъ представлялъ себѣ Руссо государственный бытъ Женевы? На этотъ вопросъ не трудно дать отвѣтъ. Государственный строй Женевы представляется ему «мудро-умѣреннымъ демократическимъ строемъ», гдѣ есть единственное иго—«благодѣтельное и сладкое иго законовъ», гдѣ интересы народа и суверена совпадаютъ такъ, что всѣ движенія государственнаго механизма направляются только къ одной цѣли,—къ общему благу», ибо сувеpенъ и народъ здѣсь одно лицо... Анализируя отдѣльныя постановленія Женевской конституціи, Руссо особенно восхищается тѣмъ распредѣленіемъ власти, какая установлена конституціей. Народъ въ народныхъ собраніяхъ только санкціонируетъ законы; право же законодательнаго почина, а также отправленіе правительственныхъ и судебныхъ функцій отдано Совѣтамъ. Управленіе Совѣтовъ, состоявшихъ изъ представителей «лучшихъ» фамилій, въ умѣ Руссо, очевидно, отожествлялось съ управленіемъ мудрѣйшихъ Платона [1]). И вообще, читая описаніе Женевской конституціи въ томъ видѣ, въ какомъ она рисовалась Руссо,—невольно думаешь: не отразились ли на этомъ писаніи идеальныя построенія, вычитанныя Руссо у разныхъ мыслителей, писавшихъ ранѣе его. Не скомбинировалъ ли онъ въ изображеніи, якобы существующей, Женевской конституціи вычитанныя изъ книгъ черты идеальнаго, по его мнѣнію, устройства? Какъ бы то ни было, но Женевскій государственный строй эпохи Руссо, при многочисленныхъ и неоспоримыхъ достоинствахъ, не былъ такъ идеаленъ, какъ рисуетъ его Руссо. Въ нѣдрахъ его долгое время шла ожесточенная борьба между народомъ и аристократіей, укрѣпившей за собою Совѣты, функціи которыхъ очерчены выше [2]). Въ 1738 году было достигнуто извѣстное компромиссное примиреніе между враждовавшими партіями. Совѣты были вынуждены признать, до извѣстной степени, принципъ верхо-

---

1) Срвн. Алексѣевъ, т. II, стр. 246—250.

2) Исторію борьбы и сущность Женевской к-ціи очень хорошо излагаетъ *Алексѣевъ*, т. II, отдѣлъ II, цит. соч.

венства народа, добившагося, прежде всего, періодичности созыва народнаго собранія. Наступилъ періодъ относительнаго мира и спокойствія. Но глухая рознь между Совѣтами и народнымъ собраніемъ все еще тлѣла, а времена смуты и междоусобія были еще слишкомъ близки, чтобы возможно было безъ всякихъ опасеній и сдержекъ восхищаться Женевской конституціей. Лучшее доказательство этого—исторія произведеній Руссо. Посвященіе имъ Женевской республикѣ своего разсужденія о причинахъ неравенства было принято весьма сдержанно правительствомъ; въ нѣдрахъ же народной партіи вызвало даже неудовольствіе. «Общественный договоръ», восхитившій народъ, былъ объявленъ запрещенной книгой постановленіемъ правительства. Все это показываетъ, что фактически государственное устройство Женевы далеко не гарантировало гармонію, о какой мечталъ Руссо. Но, какъ бы то ни было, повторяемъ, а именно противоположеніе Женевскихъ, или quasi-Женевскихъ, порядковъ порядкамъ другихъ странъ послужило основаніемъ доктрины Руссо. Дѣлается очевиднымъ, читая Руссо, что Женевскую конституцію онъ всегда имѣлъ передъ глазами, что къ ней примѣнялъ идеальныя положенія и мысли, вычитанныя изъ книгъ и именно въ ней видѣлъ наиболѣе близкое къ идеалу государственное устройство, гдѣ общая воля (законъ),—умѣренная и справедливая—гармонично сливается со свободою всѣхъ, гдѣ населеніе—трудолюбивое и близкое къ природѣ—избѣгаетъ роскоши и неравенства—этихъ первыхъ враговъ дѣйствительной политической свободы...[1]). Къ Женевѣ всегда стремилось сердце Руссо... И не имѣя этого въ виду, не всегда легко понять афоризмы Руссо. Итакъ, съ одной стороны—предшествующіе политическіе мыслители, а съ другой

[1]) См. въ особенности «Письма съ горы», письмо шестое. Здѣсь Руссо говоритъ, напр., объ «Общественномъ договорѣ»: «я взялъ вашу (Женевскую) конституцію, которую я находилъ прекрасной, за модель политическихъ учрежденій и, представляя васъ, какъ примѣръ Европѣ, далекій отъ стремленія повредить вамъ, я излагалъ средства, какъ васъ (ваши учрежденія) сохранить...» Аналогичныхъ заявленій имѣется достаточно у Руссо.

стороны Женевская дѣйствительность, нѣсколько своеобразно понимаемая и противопоставляемая дѣйствительности другихъ странъ—вотъ главные источники доктрины Руссо. Теперь обратимся къ самой доктринѣ.

(Продолженіе слѣдуетъ).

Борьба уголовно-правовыхъ школъ вокругъ реформы уголовнаго законодательства въ Германіи.

Е. Н. Ефимова.

Въ текущемъ году исполнилось десять лѣтъ съ тѣхъ поръ, какъ въ Германіи начаты были работы по пересмотру уголовнаго законодательства. Въ 1901 г. при обсужденіи гражданскаго уложенія въ рейхстагѣ было указано, что за созданіемъ единаго гражданскаго права должно слѣдовать преобразованіе уголовнаго кодекса. Министерство юстиціи выразило тогда готовность начать для этого подготовительныя работы. А въ апрѣлѣ 1902 г. на съѣздѣ германской группы международнаго союза криминалистовъ въ Бременѣ представитель министерства сообщилъ, что къ такимъ работамъ въ его вѣдомствѣ уже приступлено. Покойный Seuffert называетъ это сообщеніе сигналомъ, призывавшимъ «alle Mann an Deck»! И нужно отмѣтить, что призывъ, встрѣтясь съ всеобщимъ сознаніемъ необходимости реформированія уголовнаго законодательства, нашелъ живой откликъ, дѣйствительно, во всѣхъ образованныхъ людяхъ Германіи. Широкое преобразовательное движеніе захватило собой не только юристовъ, но и медиковъ, философовъ и богослововъ. Всѣ они съ неустанной энергіей принялись за разрѣшеніе новой законодательной задачи, работая дружно, несмотря на различие во взглядахъ. Вопросы реформы сдѣлались предметомъ обсужденія на конгрессахъ, съѣздахъ, въ литературѣ. Въ этомъ «соревнованіи умовъ» приняло живое участіе и общественное мнѣніе, поскольку оно находило выраженіе въ парламентѣ и прессѣ. «Радостно», говоритъ W. Kahl, «наблюдать

совмѣстную работу столь многихъ силъ, направленныхъ на одну высокую цѣль» [1]). Но эта же совмѣстная работа и взаимодѣйствіе столь многихъ силъ, по словамъ того же автора, обнаружили тотчасъ же съ одной стороны—трудность задачи, съ другой — неустранимость взаимнаго столкновенія двухъ принципіально противоположныхъ воззрѣній. «Кто съ горней высоты будетъ взирать на огромную бездну, раздѣляющую эти воззрѣнія и на безчисленныя сплетенія взаимно перекрещивающихся взглядовъ, тотъ, пожалуй, усумнится въ возможности ихъ примиренія». «Но», прибавляетъ W. Kahl, «реально-политическая сила жизни и желѣзная необходимость правовыхъ потребностей перебросить мостъ. Остальное же довершитъ сознаніе патріотическаго долга [2])».

И мостъ дѣйствительно былъ переброшенъ. Объ этомъ краснорѣчиво свидѣтельствуютъ 16 томовъ «der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts».—Работа, исключительная по своей научной цѣнности, была выполнена усиліями почти всѣхъ нѣмецкихъ криминалистовъ. Глубокое различіе научныхъ воззрѣній составителей Vergl. Darst. не помѣшало, такимъ образомъ, плодотворному ихъ сотрудничеству. Такимъ же свидѣтельствомъ, служатъ и два проекта новаго уголовнаго кодекса: Vorentwurf, составленный комиссіей изъ юристовъ-практиковъ, по иниціативѣ статсъ-секретаря имперскаго министерства юстиціи, и Gegenentwurf, выработанный Kahl'емъ, Liszt'омъ, Lilienthal'емъ и Goldschmidt'омъ. Составители перваго въ объяснительной запискѣ указываютъ, что ихъ проектъ не защищаетъ опредѣленнаго научнаго направленія и въ спорѣ между «современной» и «классической» школой не занимаетъ исключительной позиціи, такъ какъ, по ихъ мнѣнію, рѣшеніе теоретическихъ проблемъ не входитъ въ задачу практическаго законодателя. Они считаютъ, что проведеніе въ законодательство опредѣленной теоріи, даже строго обосно-

[1]) *W. Kahl.* Das neue Strafgesetzbuch, Dresden, 1907, S. 10.
[2]) Ibidem, S. 11.

ванной, можетъ повести къ практическимъ неудобствамъ [1]). Впрочемъ, нѣсколько ниже, составители опредѣленнѣй высказываются о точкѣ зрѣнія своего проекта. Проектъ, по ихъ словамъ, въ общемъ стоитъ на почвѣ классической школы уголовнаго права, хотя и дѣлаетъ нѣкоторыя уступки современному направленію, которыя вызываются нуждами времени и общественнымъ мнѣніемъ [2]).

Еще ярче примирительный характеръ выраженъ въ Gegenentwurf'ѣ. Здѣсь компромиссъ совершился въ двоякомъ направленіи: во-1-хъ, въ предѣлахъ самого контръ-проекта между его составителями, которые принадлежатъ къ различнымъ научнымъ направленіямъ, и, во-2-хъ, между Gegenentwurf'омъ и Vorentwurf'омъ. Первый изъ этихъ проэктовъ, казалось бы, долженъ быть воплощеніемъ идей «современнаго» направленія, такъ какъ въ немъ принялъ участіе профессоръ v. Liszt, глава соціологической школы. А между тѣмъ онъ построенъ на основѣ Vorentwurf'a, предварительнаго проекта, который, какъ мы видѣли, стоитъ на почвѣ классической школы. Объ этомъ заявляютъ сами составители контръ-проекта въ своемъ предисловіи. «Контръ-проектъ», говорятъ они здѣсь, «по мысли и желанію его составителей долженъ облегчить и ускорить осуществленіе огромной и важной работы по реформѣ уголовнаго кодекса хотя бы даже на *основѣ предварительнаго проекта*» [3]). «Убѣжденные въ томъ, что пришло время, когда прекращеніе спора между школами является національной обязанностью, авторы GE., которые, какъ извѣстно, принадлежатъ къ различнымъ научнымъ направленіямъ, соединились для общей работы съ цѣлью показать, что при доброй волѣ и искренней преданности задачѣ созданіе единаго уголовнаго кодекса возможно безъ большихъ затрудненій. Мы категорически отмѣчаемъ, продолжаютъ составители GE., что наши предложенія всѣ,

[1]) Vorentwurf. Begründung. Einleitung, S. IX.
[2]) Ibid. S. X.
[3]) Курсивъ авторовъ. Gegentwurf. Berlin, 1911. Vorwort, S. III.

безъ исключенія, сдѣланы нами единогласно и что каждый изъ насъ охотно поступался своими индивидуальными взглядами и желаніями, если обнаруживалось, что они въ данный моментъ не могутъ разсчитывать на общее признаніе. Мы того мнѣнія, что этотъ фактъ самъ по себѣ есть доброе предзнаменованіе для дальнѣйшей законодательной работы» [1]). Содержаніе GE. подтверждаетъ, какъ мы увидимъ дальше, заявленіе его составителей, что основа контръ-проекта тождественна съ основой предварительнаго проекта т. е., что между этими проектами уголовнаго кодекса нѣтъ того глубокаго принципіальнаго различія, которое обнаружилось во взглядахъ двухъ школъ, столкнувшихся по поводу реформы уголовнаго законодательства въ Германіи. Такимъ образомъ, повторяю, мостъ переброшенъ, и преобразовательнымъ работамъ не грозитъ встрѣтить на своемъ пути пропасть теоретическихъ разногласій.

Но если посмотрѣть на оба проекта не съ точки зрѣнія дальнѣйшаго хода «законодательныхъ работъ», но съ точки зрѣнія того спора уголовно-правовыхъ школъ, который именно и придалъ особый интересъ преобразовательному движенію въ Германіи, то нужно будетъ признать, что въ этой борьбѣ одержали побѣду идеи «классической» школы. Ея принципы положены въ основу не только предварительнаго проекта, но и контръ-проекта и, такимъ образомъ, одна изъ спорившихъ сторонъ— «современная» школа въ лицѣ профессора v. Liszt'a вотировала за тѣ принципы, которые представляютъ собой отрицаніе основныхъ положеній ея уголовно-правовой системы. Такой исходъ борьбы между «классической» и «современной» школой является совершенно неожиданнымъ для того, кто слѣдилъ за перипетіями этой борьбы, поскольку она нашла свое выраженіе въ полемикѣ Liszt'a съ Birkmeyer'омъ, которыхъ W. Kahl называетъ «freiwillige Geschäftsführer» столкнувшихся направленій. Содержаніе контъ-проекта, въ составленіи котораго участвовалъ v. Liszt, очень далеко отъ тѣхъ принциповъ, которые онъ страстно и настойчиво защи-

[1]) Ibid. S. IV.

щалъ, какъ единственно раціональную основу реформы уголовнаго законодательства. Вотъ почему невольно возникаетъ вопросъ, есть ли такой компромиссъ дѣйствительно актъ «національнаго долга», или онъ является показатемъ теоретической слабости принциповъ «новаго направленія», обнаружившейся въ тотъ моментъ, когда дѣло коснулось практическаго осуществленія теоретическихъ воззрѣній. Мы склонны считать правильнымъ второе предположеніе. И чтобы обосновать его, мы прежде всего попытаемся представить главные моменты полемики Liszt'а съ Birkmeyer'омъ и установить, дѣйствительно-ли и насколько положенія GE. отличны отъ тѣхъ, которыя «новое направленіе» въ лицѣ профессора v. Liszt'а отстаивало въ борьбѣ со старой классической школой. Ознакомленіе съ этой полемикой дастъ намъ также возможность выяснить предметъ ихъ разногласій. Познавательная природа предмета спора поможетъ намъ въ свою очередь установить критерій оцѣнки аргументацій каждой изъ борющихся сторонъ и намѣтить правильный путь къ разрѣшенію спора между «классической» и «современной» школой [1]).

II.

22-го февраля 1901 года Birkmeyer выступилъ въ Мюнхенскомъ юридическомъ обществѣ съ рѣчью: «мысли по поводу предстоящей реформы нѣмецкаго

---

[1]) Мы не отождествляемъ «классической» школы съ Birkmeyr'омъ и «новаго» направленія съ Liszt'омъ, такъ какъ знаемъ что ни та ни другая школа не представляютъ собою чего-либо однороднаго настолько, чтобы воззрѣнія одного писателя можно было бы принять въ качествѣ исчерпывающаго и точнаго выраженія credo всей школы. Указаніе Liepmann'а (Z. f. d. g. Str. B. XXVIII S. 4) на односторонность такого отождествленія и его протестъ противъ него безусловно правильны. Тѣмъ не менѣе въ своемъ очеркѣ борьбы двухъ школъ въ Германіи мы останавливаемся преимуществено на полемикѣ List'а съ Birkmeyr'омъ, такъ какъ именно у нихъ мы находимъ отчетливую, рѣзко очерченную постановку вопроса, которая даетъ возможность раскрыть гносеологическія предпосылки обѣихъ уголовно-правовыхъ системъ и тѣмъ самымъ намѣтить правильный, по нашему мнѣнію, путь къ разрѣшенію стараго спора о сущности и природѣ преступленія и наказанія. Вотъ почему въ дальнѣйшемъ изложеніи мы не касаемся ни тѣхъ работъ, которыя модифицируютъ принципы Birkmeyer'а и List'а, ни тѣхъ, которыя представляютъ собой попытку ихъ примиренія.

уголовнаго законодательства» [1]). Въ этой рѣчи авторъ утверждаетъ, что базисомъ имперскаго уголовнаго права служитъ идея возмездія, требующая воздаянія преступнику за совершенное имъ зло зломъ, которое соотвѣтствовало бы содѣянному имъ преступленію. Въ качествѣ условія такого возмездія дѣйствующее право, по словамъ Birkmeyer'a, предполагаетъ у преступника способность свободнаго самоопредѣленія къ поведенію вообще и къ конкретному преступленію въ частности. Такимъ образомъ, дѣйствующее уголовное право покоится, по словамъ Birkmeyer'a, на ученіи «классической» школы въ наукѣ уголовнаго права, по которому каждое преступленіе есть проявленіе свободной воли преступника, такъ что воздаяніе наказаніемъ въ цѣляхъ искупленія передъ правопорядкомъ и удовлетворенія обиженнаго является и необходимымъ, и справедливымъ.

Этотъ базисъ уголовнаго права, продолжаетъ Birkmeyer, цѣликомъ объявленъ представителями новыхъ школъ, —антропологической и соціологической, ошибочнымъ. Преступленіе, по ихъ взглядамъ, не есть продуктъ свободной воли, но необходимый результатъ всей физической и духовной индивидуальности преступника,—такъ говорятъ антропологи; есть необходимый результатъ соціальной обстановки, въ которой выросъ и живетъ преступникъ,—такъ говорятъ соціологи. Поэтому о возмездіи наказаніемъ не можетъ быть и рѣчи. Какъ можно воздавать зломъ за зло тому, кто долженъ былъ (musste) хотѣть и сдѣлать то зло, которое онъ хотѣлъ и сдѣлалъ. Понятіе отвѣтственности, возмездія, вмѣняемости, вины и искупленія должны быть исключены изъ уголовнаго права и замѣнены идеей объ опасности и объ обезпеченіи. Преступникъ совершеннымъ имъ преступленіемъ засвидѣтельствовалъ себя, какъ опаснаго для человѣческаго общества индивида. А потому общество старается обезопасить себя отъ него путемъ наказаній: случайнаго преступника устрашая, способнаго къ исправленію привычнаго преступника исправляя и

[1]) Напечатана въ Archiv f. Strafrecht. u. Strafprozess. B. 48, S. 67.

воспитывая, неисправимаго привычнаго преступника обезвреживая.

Такимъ образомъ, наказанію, какъ возмездію, противопоставляется наказаніе, какъ средство соціальнаго обезпеченія и защиты. Послѣднее имѣетъ своимъ объектомъ не преступленіе, но преступника въ его индивидуальности (Eigenart) и внутреннемъ настроеніи (Gesinnung); свои цѣли оно преслѣдуетъ совершенно иными средствами, чѣмъ тѣ, которыми располагаетъ возмездіе, и приводитъ такимъ образомъ къ построенію новой карательной системы и къ установленію иныхъ принциповъ опредѣленія мѣры наказанія и его выполненіе.

Обрисовавъ принципіальное различіе между ученіями старой «классической» и новой «соціологической» школы, Birkmeyer указываетъ на необходимость для законодателя опредѣлить свою позицію въ этомъ спорѣ и рѣшить вопросъ, какую изъ уголовно-правовыхъ теорій онъ положитъ въ основу реформируемаго законодательства. Законодатель долженъ отчетливо уяснить себѣ, ставитъ ли онъ цѣлью воздаяніе наказаніемъ или, напротивъ, устрашеніе, исправленіе и обезвреживаніе. Если онъ склонится въ пользу классической школы, то его задача будетъ заключаться въ реформированіи дѣйствующаго права на старой основѣ; если же онъ рѣшитъ въ пользу «новыхъ идей», то это будетъ означать собою полную революцію по отношенію къ праву, существовавшему до сихъ поръ.

Съ своей стороны Birkmeyer категорически высказывается за необходимость сохраненія старой основы, т. е., за усвоеніе законодателемъ идеи возмездія. Къ этому принуждаетъ законодателя, по его словамъ, обязанность охранять непрерывность въ развитіи права и избѣгать опаснаго прыжка въ неизвѣстное. Современное наказанье развилось, по мнѣнію Birkmeyer'a, изъ первобытной мести; месть же есть примитивная форма возмездія въ рукахъ обиженнаго и его рода. Она становится наказаніемъ, какъ только государство беретъ ее изъ рукъ оскорбленнаго. Но и въ рукахъ государства наказаніе остается все тѣмъ же воздаяніемъ съ

тою лишь разницей, что государственное наказанiе непрерывно развивается въ болѣе объективное и вмѣстѣ съ тѣмъ въ болѣе справедливое возмездiе. Наше уголовное право и теперь еще покоится на идеѣ возмездiя,—съ этимъ согласны также противники. А потому законодатель не смѣетъ нарушать тысячелѣтняго развитiя уголовнаго права. Напротивъ, онъ долженъ итти все въ томъ же направленiи, преобразуя наказанiе въ болѣе и болѣе справедливое возмездiе. Къ этому же побуждаетъ его необходимость быть въ согласiи съ правовыми убѣжденiями народа. Народъ же считаетъ справедливымъ лишь то наказанiе, которое представляетъ собою воздаянiе, соотвѣтствующее винѣ, воплощенной въ преступленiи. Отсюда заключаетъ Birkmeyer, что только идея возмездiя соотвѣтствуетъ правосознанiю народа, съ которымъ законодатель долженъ считаться, если онъ хочетъ, чтобы наказанiе было дѣйствительнымъ. Идея возмездiя, далѣе, единственно согласна съ человѣческой природой. По словамъ Birkmeyer'а, въ нашей чувственной природѣ коренится инстинктъ воздаянiя, какъ самый элементарный и самый могущественный стимулъ. Отсюда становится понятнымъ тотъ фактъ, что идея возмездiя издавна господствовала и во взаимныхъ отношенiяхъ людей между собою, и въ правѣ, и въ религiи. Но кромѣ того въ нашей нравственной природѣ заложено чувство справедливости, которое умѣряетъ и сдерживаетъ инстинктъ возмездiя и, такимъ образомъ, обращаетъ возникшее изъ него наказанiе въ справедливое воздаянiе. Вотъ почему, думаетъ Birkmeyer, отказъ законодателя отъ наказанiя, какъ возмездiя и признанiе имъ наказанiя, какъ средства соцiальной защиты, было бы отрицанiемъ не только народнаго правосознанiя, но даже и человѣческой природы.

Наконецъ, въ качествѣ послѣдняго довода за возмездiе и противъ наказанiя, какъ средства соцiальной защиты, Birkmeyer указываетъ на недопустимость «Sicherungsstrafe» по политическимъ основанiямъ, такъ какъ оно несовмѣстимо съ гражданской свободой. Исходной точкой новой школы служитъ положенiе, что

наказаніе должно не воздавать, но обезпечивать, что поэтому объектомъ должно быть не отдѣльное преступное дѣяніе съ воплотившейся въ немъ виной, но дѣятель въ его опасномъ состояніи, которое лишь выявилось благодаря преступленію. Отсюда логически слѣдуетъ, что каждый человѣкъ, какимъ бы то ни было способомъ выказавшій себя опаснымъ для общества, не совершившій, слѣдовательно, даже преступленія, долженъ быть наказанъ т. е. обезвреженъ путемъ наказанія. Но это значило бы, замѣчаетъ Birkmeyer, что съ уголовнымъ кодексомъ должно быть покончено, а вмѣстѣ съ нимъ должно быть покончено и съ тѣми опредѣленіями, которыя ограничиваютъ карательную власть государства и которыя мы привыкли разсматривать, какъ палладіумъ гражданской свободы. Положеніе—nullum crimen, nulla poena sine lege, добытое въ XVIII вѣкѣ тяжкимъ опытомъ и страшными усиліями,—въ XX в. было бы снова, такимъ образомъ, принесено въ жертву, и индивидъ былъ бы снова предоставленъ безграничному произволу административной власти—«профилактикѣ преступленія». Но если даже не дѣлать этого конечнаго вывода, который должны сдѣлать и дѣйствительно дѣлаютъ сторонники «новой» школы, то и тогда неминуемо пришлось бы пожертвовать свободой личности. Вѣдь если предметомъ и масштабомъ наказанія должно быть не дѣяніе, а дѣятель, то ни законъ, ни судья не въ состояніи были бы правильно и цѣлесообразно опредѣлить мѣру наказанія: для этого нужно было бы знать преступника, его внутреннее состояніе и степень его опасности. Судья же слишкомъ мало его наблюдаетъ, чтобы съ увѣренностью сдѣлать правильное заключеніе. Отсюда, мѣра наказанія, если брать масштабомъ опасность преступника, можетъ быть фиксирована лишь во время отбыванія наказанія. Опредѣленіе наказанія судьей должно быть, такимъ образомъ, устранено и вмѣсто него долженъ быть введенъ институтъ неопредѣленныхъ приговоровъ. Но, вѣдь, и законодатель, заранѣе фиксируя рамки наказанія, можетъ сдѣлать невозможнымъ послѣдующее, болѣе правильное, соизмѣреніе уголовной кары. Такимъ образомъ усвое-

ніе законодателемъ точки зрѣнія «новой» школы означало бы собой уничтоженіе тѣхъ гарантій гражданской свободы, которыя заключаются въ законодательномъ опредѣленіи мѣры наказанія—противъ судейскаго произвола и въ судебномъ опредѣленіи этой мѣры—противъ произвола органовъ, примѣняющихъ наказаніе.

Словомъ, и исторія, и философія, и политика права даютъ основаніе Birkmeyer'у рекомендовать законодателю твердо держаться идеи возмездія. Задача пересмотра уголовнаго законодательства, по его мнѣнію, должна состоять въ продолженіи постройки на прежнемъ фундаментѣ,—въ еще болѣе послѣдовательномъ, болѣе правильномъ и всестороннемъ проведеніи этой идеи. Съ своей стороны авторъ, въ качествѣ руководящихъ началъ для законодателя, указываетъ слѣдующія три положенія: совершенное преступленіе должно подлежать наказанію по принципу справедливаго возмездія, слѣдуетъ по возможности предупреждать преступленіе и, наконецъ, необходимо наблюдать экономію въ употребленіи наказанія.

Обосновавъ—такимъ образомъ—раціональность идеи возмездія, Birkmeyer рѣшительно высказывается противъ какого бы то ни было компромисса между «старой» и «новой» школой и во всякомъ случаѣ противъ компромисса предложеннаго Liszt'омъ [1]),—къ случайнымъ преступникамъ примѣнять уголовное законодательство, построенное на прежней идеѣ возмездія, съ привычными же преступниками обходиться по программѣ соціологической школы. Такой компромиссъ, по словамъ Birkmeyer'а, долженъ привести къ двойственности уголовнаго права въ Германіи, которое вынуждено будетъ оперировать наполовину старыми понятіями преступленія, наказанія, вмѣняемости вины, наполовину новыми понятіями—соціальной среды, характера, защиты. Такимъ образомъ, въ будущемъ уголовномъ кодексѣ понятія преступленія и наказанія будутъ означать раз-

---

[1]) Авторъ имѣетъ въ виду компромиссъ, предложенный Liszt'омъ въ рѣчи: «Das gewerbmässige Verbrechen», произнесенной имъ въ юридическомъ обществѣ въ Берлинѣ 13 окт. 1900 г. (Z. XXI, 121).

личное, смотря по тому, подлежитъ ли сужденію поступокъ случайнаго преступника или привычнаго

Мы такъ подробно изложили рѣчь Birkmeyer'а въ виду того, что въ ней дана отчетливая и вѣрная обрисовка принципіальнаго различія между «старымъ» и «новымъ» направленіемъ въ уголовномъ правѣ. Ни одно изъ положеній, приведенныхъ авторомъ рѣчи въ качествѣ характерной черты соціологическаго направленія, не встрѣтило какихъ-либо возраженій, поправокъ, разъясненій со стороны его представителей и въ томъ числѣ со стороны проф. v. Liszt'а, который не оставилъ рѣчь своего противника безъ отвѣта. Въ 1902 г. v. Liszt представилъ двадцатому нѣмецкому Juristentag'у докладъ: «Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Ansicht zu nehmen» [1]). Въ немъ онъ не возражаетъ противъ обрисовки ученія «новой» школы и лишь продолжаетъ настаивать, не смотря на категорическій отказъ Birkmeyer'а, на необходимости примиренія между обоими направленіями и притомъ подъ угрозой оппозиціи съ своей стороны каждому проекту, который явится одностороннимъ выраженіемъ воззрѣній его противниковъ. Liszt считаетъ невозможнымъ созданіе будущаго уголовнаго кодекса безъ соглашенія между защитниками противоположныхъ взглядовъ. Съ своей стороны онъ выражаетъ готовность итти на компромиссъ, подчеркивая вмѣстѣ съ тѣмъ, что каждый проектъ, который будетъ одностороннимъ выраженіемъ воззрѣній противниковъ, встрѣтитъ въ немъ и его единомышленникахъ рѣшительное и упорное сопротивленіе. «Теперь мы уже настолько сильны, говоритъ онъ, чтобы провалить проектъ уголовнаго законодательства, согласиться съ которымъ намъ не позволятъ ни наши научныя, ни наши политическія убѣжденія» [2]).

Придавая огромное значеніе примиренію борющихся воззрѣній, Liszt ставитъ задачей своего доклада проложить путь къ такому примиренію, добившись соглаше-

---

[1]) *Fr. v. Liszt.* Strafrechtliche Aufsätze u. Vorträge. B. II S. 356.
[2]) Ibid. S. 364—365.

нія въ вопросѣ объ «основныхъ чертахъ реформы». При этомъ онъ разъясняетъ, что эти черты имѣютъ легислативный характеръ, а не научный. «Не нужно смѣшивать, говоритъ докладчикъ, задачи законодателя съ задачей науки. Наука не знаетъ никакихъ компромиссовъ; законодатель же безъ компромисса работать не можетъ. Наука должна прослѣдить выставляемыя положенія до ихъ глубочайшихъ основъ; законодатель же можетъ и долженъ остановиться тамъ, гдѣ начинается чисто теоретическая постановка вопроса» [1]). Въ качествѣ высшаго принципа, изъ котораго должна исходить реформа уголовнаго законодательства, v. Liszt выставляетъ слѣдующее положеніе: «при опредѣленіи рода и мѣры наказанія въ законѣ и приговорѣ должно быть придаваемо больше значенія внутреннему состоянію (innere Gesinnung) дѣятеля, чѣмъ внѣшнему послѣдствію дѣянія». Этому положенію докладчикъ придаетъ исключительное значеніе. «Если выяснится, говоритъ онъ, что по основательномъ его обсужденіи, примиреніе не можетъ состояться, то этимъ вмѣстѣ съ тѣмъ рѣшается, что лучше было бы реформу уголовнаго законодательства отложить на далекое будущее. Что же касается лично меня, прибавляетъ онъ, то я, въ случаѣ отклоненія этого положенія, долженъ буду отказаться отъ дальнѣйшаго сотрудничества» [2]). Но, придавая такое огромное значеніе «innere Gesinnung», Liszt тѣмъ не менѣе не даетъ его точнаго опредѣленія. Подъ нимъ онъ разумѣетъ нѣчто иное, чѣмъ «личныя отношенія» Birkmeyer'a, т. е. возрастъ, полъ, родственныя отношенія, общественное и государственное положеніе преступника, его физическіе и душевные дефекты и т. д. Это не есть, далѣе, мотивъ дѣянія. Liszt также возражаетъ противъ смѣшенія «innere Gesinnung» съ честностью или безчестностью дѣятеля. По его словамъ, «innere Gesinnung» есть «противообщественное преступное настроеніе»,—та позиція, которую занялъ дѣя-

---

[1]) Ibid. S. 370.
[2]) Ibid. S. 377.

тель по отношенію къ правопорядку, все его прошлое, наконецъ, то, чего можно ожидать отъ него въ будущемъ [1]). Болѣе точнаго опредѣленія «innere Gesinnung», мы не находимъ у Liszt'a, хотя здѣсь дѣло идетъ, по его словамъ, о принципѣ совершенно чуждомъ дѣйствующему праву и притомъ составляющемъ сущность всей его программы. Всякій разъ, какъ онъ подходитъ къ этому основному положенію всей реформы, онъ ограничивается общими расплывчатыми фразами, а между тѣмъ, по его словамъ, усвоеніе даннаго положенія законодателемъ должно оказать свое плодотворное вліяніе «*въ самыхъ разнообразныхъ направленіяхъ*» [2]). Такъ оно должно повести къ измѣненію всей конструкціи особенной части, въ основу которой должно быть положено дифференцированіе состава преступленій не по ихъ объективнымъ различіямъ, но по личности дѣятеля, по интенсивности его преступнаго настроенія. Вопросъ о формахъ виновности также потерпитъ существенныя видоизмѣненія: съ усвоеніемъ указаннаго принципа неосторожность должна потерять свое значеніе, такъ какъ объ антисоціальномъ настроеніи дѣятеля не можетъ быть рѣчи тамъ, гдѣ нѣтъ сознанія противообщественности поведенія.

Мы не будемъ касаться предложеній Liszt'a, сдѣланныхъ имъ относительно системы наказаній. Отмѣтимъ лишь, что здѣсь также сказывается черта присущая всему докладу: отсутствіе ясной и точной схемы теоретическихъ положеній, которая бы дала возможность опредѣлить логическую цѣнность каждаго отдѣльнаго предложенія и мѣсто его въ общей уголовно-правовой системѣ автора. А между тѣмъ серьезность практической задачи, настойчивость его требованій компромисса, наконецъ—полная опредѣленность позиціи противника, казалось-бы, обязывали автора къ болѣе тщательному и полному изложенію своихъ взглядовъ и выясненію своего отношенія къ предстоящей реформѣ уголовнаго законодательства.

---

1) Ibid. S. 57.
1) Курсивъ автора.

III.

Слѣдующій этапъ въ развитіи полемики между Birkmeyer'омъ и Liszt'омъ составляетъ мюнхенскій поединокъ между ними, интересный въ томъ отношеніи, что на немъ были формулированы два лозунга—«Schutzstrafe» и «Vergeltungsstrafe», принятые затѣмъ въ литературѣ для обозначенія основыхъ принциповъ двухъ противоположныхъ направленій.

Въ концѣ 1905 года проф. v. Liszt произнесъ рѣчь въ Мюнхенскомъ юридическомъ обществѣ, озаглавленную имъ: «Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe» [1]). Въ ней онъ подвергаетъ анализу три основныя положенія Birkmeyer'a, приведенныя нами выше. Первое положеніе о возникновеніи государственнаго наказанія изъ мести Liszt считаетъ правильнымъ, но не исчерпывающимъ. Съ своей стороны онъ старается историческими справками доказать, что уже въ періодъ сакральнаго права наряду съ возмездіемъ возникло наказаніе, какъ Schutzstrafe. Съ тѣхъ поръ оно послѣдовательно развивалось и расширялось, такъ что современныя карательныя учрежденія уже стоятъ подъ знаменемъ исправленія и обезвреживанія преступника путемъ его устраненія изъ общества. Реакція противъ этого развитія, возникшая съ 70-хъ годовъ, не можетъ измѣнить факта существованія наказанія, какъ Schutzstrafe, и его дальнѣйшаго развитія въ этомъ направленіи. Второе положеніе Birkmeyer'a, что государственное уголовное право мыслимо лишь въ предположеніи свободной воли, Liszt опровергаетъ указаніемъ на рѣдѣющіе ряды сторонниковъ индетерминизма, которые, по его словамъ, опираются на Binding'a, Kant'a и Schopenhauer'a. Но взгляды перваго докладчикъ считаетъ спорными; по воззрѣнію же указанныхъ философовъ къ свободѣ воли причастно лишь то, что въ насъ безсмертно. А то, что подвергается осужденію на скамьѣ подсудимыхъ, по словамъ Liszt'a,

---

[1]) Эту рѣчь мы имѣемъ въ авторизированной передачѣ Wassermann'a, помѣщенной въ «Veröffentlichungen des Akademisch-Iuristischen Vereius zu München». Heft I. Heidelberg. 1906.

есть чувственное явленіе (ist das Sinnenfällige), и оно не свободно. Что же касается третьяго положенія—«государственное наказаніе есть справедливое возмездіе за воплощенную въ преступленіи вину», то Liszt, не отрицая понятія искупленія, съ одной стороны считаетъ *справедливое* возмездіе невозможнымъ, съ другой же—совершенно не вѣритъ, что внутреннее просвѣтленіе можетъ быть достигнуто отбытіемъ наказанія. Liszt не отрицаетъ также возмездія. Болѣе—онъ разсматриваетъ въ качествѣ таковаго тѣ послѣдствія, которыя, по его мнѣнію, сами собой падаютъ на дѣятеля, какъ результатъ его преступнаго дѣянія. Но такое возмездіе не есть дѣло человѣческихъ рукъ, оно есть законъ природы, совершенно независящій отъ людей. Оно есть «эхо» дѣянія, отраженіе дѣянія на дѣятеля. Изъ того, что наказаніе *есть* возмездіе, не слѣдуетъ, далѣе, что оно *должно* быть имъ. Тѣмъ не менѣе и здѣсь, по мнѣнію Liszt'a, возможно соглашеніе съ противникомъ. Масштабомъ мѣры наказанія для классической школы служитъ послѣдствіе дѣянія, для современнаго направленія—внутреннее состояніе. Но такъ какъ и классическая школа принимаетъ во вниманіе, хотя и во вторую очередь, внутреннее состояніе, то различіе между ними, слѣдовательно, болѣе количественное, чѣмъ качественное. Liszt глубоко убѣжденъ въ возможности совмѣстной работы и свою рѣчь онъ заканчиваетъ новымъ горячимъ призывомъ къ такой совмѣстной работѣ.

Черезъ нѣсколько недѣль (23 января 1906 года) въ томъ же Мюнхенскомъ юридическомъ обществѣ выступилъ Birkmeyer съ отвѣтнымъ рефератомъ подъ заглавіемъ: «Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe» [1]). Въ немъ онъ повторяетъ знакомые уже намъ доводы за наказаніе, какъ возмездіе, но кромѣ того подвергаетъ критикѣ уголовно-правовую систему Liszt'a, предварительно реконструировавъ ее изъ всей совокупности произведеній своего противника, такъ какъ послѣдній, по справедливому замѣчанію Birkmeyer'a, ничего, въ сущности, не сказалъ въ своей послѣдней рѣчи о Schutzstrafe. Birk-

---

[1]) Ibid. S. 4.

meyer высказываетъ глубокое убѣжденіе, что система Liszt'a не осуществима. Усвоеніе ея законодателемъ повлечетъ за собой огромную опасность для справедливости въ правосудіи и будетъ имѣть своимъ результатомъ уничтоженіе уголовнаго права. Интенсивность антисоціальнаго настроенія, по мнѣнію Birkmeyer'a, не можетъ быть принята въ качествѣ масштаба при опредѣленіи мѣры наказанія, такъ какъ оно не поддается измѣренію. Дѣленіе преступниковъ по ихъ индивидуальности не возможно, такъ какъ Birkmeyer отрицаетъ существованіе особаго «verbrecherische Eigenart». Но даже если-бы послѣднее и существовало, то и тогда, думаетъ Birkmeyer, законодатель долженъ былъ бы въ основу приговора положить преступное дѣяніе, такъ какъ только оно одно чувственно воспринимается и, слѣдовательно, можетъ быть доказано тѣми средствами, которыя имѣются въ нашемъ распоряженіи. Требовать отъ судьи, чтобы онъ при опредѣленіи рода и мѣры наказанія руководствовался прежде всего внутреннимъ состояніемъ дѣятеля, его характеромъ, это значило-бы требовать отъ него во многихъ случаяхъ невозможнаго. Система Liszt'a не осуществима, далѣе, въ виду отсутствія криминалистовъ, которые располагали бы знаніемъ не только уголовнаго кодекса, но и уголовной біологіи и соціологіи. Она не осуществима въ виду неразрывной связи «Gesinnungsstrafe» съ неопредѣленными приговорами, несовмѣстимыми съ гражданской свободой, въ виду требованія пожизненнаго заключенія неисправимыхъ преступниковъ, въ виду невозможности отличить душевно-больныхъ отъ опасныхъ преступниковъ, а между тѣмъ режимъ, предлагаемый для тѣхъ и другихъ, различенъ. Наконецъ, введеніе «Gesinnungsstrafe» будетъ имѣть своимъ слѣдствіемъ замѣну всего уголовнаго права однимъ положеніемъ: человѣкъ настроенный противообщественно, и потому опасный, долженъ быть обезвреженъ, даже въ томъ случаѣ, если онъ и не совершилъ никакого преступленія, лишь бы его антисоціальное настроеніе какъ нибудь выявилось во внѣ. Въ заключеніе Birkmeyer съ большей рѣшительностью, чѣмъ прежде, отклоняетъ компромиссъ,

предложенный Liszt'омъ. «Какую же роль при этомъ должны играть наши научныя убѣжденія», спрашиваетъ Birkmeyer своего противника «Какую роль должны играть мы передъ законодателемъ? Пять недѣль тому назадъ v. Liszt попытался показать вамъ, что уголовное право, построенное на идеѣ возмездія, цѣликомъ ошибочно; теперь же я сдѣлалъ все возможное, чтобы доказать вамъ тоже самое относительно уголовнаго права, построеннаго на идеѣ защиты. И вдругъ теперь мы должны рука объ руку предстать предъ законодателемъ и предложить ему: санкціонируй половину на половину оба эти института въ новомъ германскомъ уголовномъ кодексѣ.—Нѣтъ! Съ своей стороны я долженъ откровенно вамъ признаться, что послѣ всего сказаннаго мною сегодня противъ точки зрѣнія Liszt'а я не осмѣлюсь рекомендовать ее законодателю по отношенію даже къ самой маленькой части преступниковъ» [1]).

Соглашеніе не состоялось. Послѣ мюнхенскаго поединка v. Liszt не выступалъ больше ни съ предложеніями компромисса, ни съ программными рѣчами. Между тѣмъ его противникъ проявилъ большую энергію въ борьбѣ съ новымъ направленіемъ. Въ 1907 г. Birkmeyer издалъ работу подъ заглавіемъ: «Was lässt v. Liszt vom Strafrecht übrig», въ которой авторъ, считая воплощеніе идей Liszt'а въ законодательство «національнымъ несчастьемъ», подвергаетъ ихъ всестороннему анализу и въ результатѣ на поставленный вопросъ: «что оставляетъ v. Liszt отъ уголовнаго права», отвѣчаетъ: «почти ничего,—жалкую руину, окончательное паденіе которой онъ самъ подготовилъ» [2]). Вотъ почему своей работѣ Birkmeyer придаетъ также значеніе «предостереженія отъ современнаго направленія въ уголовномъ правѣ» [3]). Съ цѣлью всесторонняго научнаго анализа и опроверженія «der Modernen» Birkmeyer, далѣе, выра-

[1]) Ibid. S. 19.
[1]) *Karl Birkmeyer.* Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? München, 1907.
[2]) Ibid. S. 93.
[3]) На эту работу Liszt отвѣтилъ коротенькой статьей въ ZS. 1907, B. 27, S. 213, которая ничего не разъясняетъ по существу вопросу.

батываетъ планъ [1]) систематической борьбы, привлекаетъ сотрудниковъ — противниковъ соціологическихъ идей, распредѣляетъ между ними работу и въ результатѣ издаетъ цѣлый рядъ монографій подъ общимъ наименованіемъ: «Beiträge zur Strafrechtsreform», посвященныхъ «всестороннему, тщательному изслѣдованію и опроверженію пропагандируемыхъ соціологами идей, отчасти неясныхъ и неперебродившихъ, отчасти ошибочныхъ и влекущихъ законодателя на путь опасныхъ экспериментовъ» [2]).

Такимъ образомъ, споръ между «классической» и «новой» школой въ теоретической плоскости остался неразрѣшеннымъ. А «литературные споры со времени мюнхенскихъ рѣчей», замѣчаетъ Kleidinst [2]), «лишь усилили принципіальную противоположность между «классической» и «современной» уголовно-правовыми школами» [3]). Представлялось въ высшей степени важнымъ и интереснымъ, какъ этотъ споръ будетъ разрѣшенъ на практикѣ той «комиссіей изъ юристовъ практиковъ», которая, по распоряженію статсъ-секретаря имперскаго министерства юстиціи, приступила 1 мая 1906 года къ обработкѣ предварительнаго проекта новаго германскаго уголовнаго уложенія.

IV.

Въ 1909 году былъ, наконецъ, опубликованъ Vorentwurf. Вполнѣ естественно, нѣмецкіе криминалисты были очень заинтересованы тѣмъ, какую позицію VE занялъ по отношенію къ спору между школами. Liszt утверждаетъ, что проектъ не защищаетъ ни теоріи возмездія, ни теоріи противоположнаго направленія, что онъ стоитъ *надъ* споромъ уголовно-правовыхъ школъ именно, на почвѣ компромисса. VE., по его словамъ,

---

[1]) *Birkmeyer.* Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen. Leipzig, 1901, S. 1.

[2]) Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform. Vorbemerkung der Herausgeber.

[3]) *Kleidinst.* Zum Streit der Strafrechtsteorien. Z. S. B. 29, S. 134.

удовлетворилъ требованіямъ новаго направленія въ большей ихъ части. И Liszt старается подтвердить правильность своего мнѣнія ссылкой на такія нововведенія проекта, какъ расширеніе судейскаго усмотрѣнія, постановленіе проекта о рецидивѣ, объ исключеніи ареста и введеніе реабилитаціи [1]). Однако эти опредѣленія, замѣчаетъ Kohler, вполнѣ гармонируютъ съ идеей возмездія; институтъ же реабилитаціи, по признанію его знатока и защитника—Delaquis,—не имѣетъ отношенія и не затрагивается споромъ между школами [2]).

Наоборотъ, Birkmeyer видитъ въ «проектѣ» рѣшительную побѣду классической школы и блестящее пораженіе «новаго» направленія въ уголовномъ правѣ. Доказательству этого взгляда посвящена его статья въ Münch. Neuste Nachr. и спеціальная монографія: «Beiträge zur Kritik des Vorentrwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch». Въ послѣдней авторъ подробно и доказательно выясняетъ «положеніе предварительнаго проекта по отношенію къ спору между уголовно-правовыми школами».

Въ этомъ новомъ спорѣ между Birkmeyer'омъ и Liszt'омъ мы, вмѣстѣ съ Kohler'омъ, должны признать правымъ Birkmeyer'а, когда онъ утверждаетъ, что «почва, на которой стоитъ VE., есть теорія возмездія». Объ этомъ постоянно говорятъ авторы проекта въ мотивахъ къ нему, обозначая идею возмездія, какъ «точку зрѣнія» проекта, какъ базисъ, на которомъ зиждутся всѣ важнѣйшія его постановленія. Кромѣ общаго указанія, что «проектъ стоитъ на почвѣ, такъ называемой классической школы» [3]), слѣдовательно, на теоріи возмездія, доказательствомъ правильности утвержденія Birkmeyer'а о побѣдѣ «классической» школы служитъ взглядъ авторовъ VE. на сущность и цѣль наказанія, какъ возмездія. Begründung v. VE. опредѣленно устанавливаетъ, что

[1]) Münchener Neuste Nachr. 1909, № 536, 538. Цитировано по Kohler'y Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. Leipzig, 1910, S. 44.
[2]) Ibid. S. 45.
[3]) Begründung z. VE. S. X.

«die Strafe die Tat und die in ihr verkörperte Schuld *vergelten will* [1]), и съ этой точки зрѣнія рѣшаетъ вопросъ о правовомъ характерѣ, такъ называемаго, «korrectionelle Nachhaft», отнеся его не къ наказанію въ собственномъ смыслѣ слова, но къ мѣрамъ, преслѣдующимъ превентивныя цѣли. Съ особой ясностью идея возмездія, какъ основная точка VE., выступаетъ изъ разсужденія его авторовъ по вопросу о неопредѣленныхъ приговорахъ, введеніе которыхъ составляетъ одно изъ главныхъ требованій «новой» школы. Begründung категорически заявляетъ, что «неопредѣленные приговоры во всякомъ видѣ и для всякой категоріи обвиняемыхъ должены быть отклонены *съ точки зрѣнія проекта*». «Неопредѣленный приговоръ, продолжаютъ авторы, совмѣстимъ лишь съ тѣмъ уголовнымъ правомъ, которое покоится на чистой идеѣ цѣли (Zweckgedanke), а не съ тѣмъ, которое направлено на воздаяніе» [2]). «Если задача наказанія, говоритъ далѣе Begründung, въ первую очередь заключается въ томъ, *чтобы быть зломъ за совершенное правонарушеніе* [3]), то и мѣра его должна опредѣляться по дѣянію и личности дѣятеля, поскольку послѣдняя выразилась въ дѣяніи. Но ее нельзя опредѣлять по обстоятельствамъ послѣдующимъ и руководствоваться при этомъ исключительно превентивными цѣлями. Эти цѣли можно и должно преслѣдовать при организаціи наказанія лишеніемъ свободы, но онѣ не существенны для понятія наказанія» [4]). Такимъ образомъ, изъ первыхъ словъ Begründung съ ясностью выступаетъ. что VE. отвергъ основное положеніе современнаго направленія: *объектомъ наказанія* должно быть не дѣяніе съ воплощенной въ немъ виной, но дѣятель въ его внутреннемъ состояніи Изъ словъ же, только что приведенныхъ, съ опредѣленностью вытекаетъ, что VE. отвергъ также и другое предложеніе «новаго» направленія *о способахъ измѣренія наказанія*,

---

1) Ibid. S. 148. Курсивъ нашъ.
2) Ibid. S. 92.
3) Курсивъ нашъ.
4) Ibid. S. 91—92.

какъ несовмѣстимое съ идеей возмездія. О томъ, что VE. «движется въ руслѣ теоріи возмездія», свидѣтельствуетъ далѣе конструкція, приданная имъ институту досрочнаго освобожденія, обоснованіе котораго Begründung заимствуетъ у Beling'a, Kohler'a—сторонниковъ теоріи возмездія [1]), требованіе вины, какъ необходимаго условія наказанія [2]), пропорціональности между виной и наказаніемъ [3]), наконецъ свободной воли, какъ условія вины [4]).

Мы не будемъ слѣдить далѣе за постановленіями VE. и мотивами къ нему: приведеннаго достаточно, мы думаемъ, чтобы выяснить общую точку зрѣнія проекта и подтвердить заявленіе Birkmeyer'a о побѣдѣ классической школы. Фактъ этой побѣды и ея значеніе ничуть не ослабляются тѣми уступками, которыя сдѣланы проектомъ требованіямъ «современнаго» направленія, какъ-то введеніемъ мѣръ обезпеченія наряду и взамѣнъ наказанія, признаніемъ института условнаго осужденія, замѣнившаго старый институтъ условнаго помилованія, повышеніемъ возраста, исключающаго наказуемость до 14 лѣтъ. Эти нововведенія, во-первыхъ, не противорѣчатъ идеѣ возмездія [5]), во-вторыхъ, слишкомъ незначительны сравнительно съ основными требованіями «новаго» направленія, отвергнутыми проектомъ Такъ признанію наказанія по винѣ (Schuldstrafe) корреспондируетъ, оттѣняя это признаніе, категорическій отказъ VE., отъ наказанія по внутреннему состоянію (Gesinnungsstrafe) и его основного положенія— «nicht die Tat, sondern der Täter ist zu strafen». Въ «Begründung» авторы опредѣленно заявляютъ, что установленіе мѣры наказанія по внутреннему состоянію и личности дѣятеля, при которомъ дѣяніе, какъ таковое, его тяжесть и значеніе оставлялись бы безъ разсмотрѣнія, не соотвѣтствуетъ народному правосознанію, пра-

---

1) Ibid. S. 96—99.
2) VE. § 58.
3) Begründung, S. 315.
4) VE. § 63.
5) См. *van Calker*. Der Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch. Z. B. 30, S. 286—289.

вильному, по мнѣнію авторовъ VE. Такое опредѣленіе мѣры наказанія должно повести къ рѣшеніямъ, стоящимъ въ противорѣчіи съ этимъ воззрѣніемъ [1]). Begründung считаетъ кромѣ того практически неосуществимымъ Gesinnungsstrafe въ виду отсутствія средствъ достаточныхъ, чтобы установить его надежнымъ образомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. На этомъ основаніи мотивы къ VE. отвергаютъ другое важное требованіе Liszt'а—дѣленіе преступниковъ на случайныхъ и привычныхъ, способныхъ и неспособныхъ къ исправленію [2]). Вмѣстѣ съ Gesinnungsstrafe отвергнуты также стоящія съ нимъ въ неразрывной связи предложенія «der Modernen» о равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, о введеніи неопредѣленныхъ приговоровъ, объ уничтоженіи наказанія краткосрочнымъ лишеніемъ свободы и соучастія, какъ особой формы преступленія.

Этого перечня предложеній «новаго» направленія, отклоненныхъ VE., достаточно, намъ кажется, чтобы подтвердить вторую часть заявленія Birkmeyera о «блестящемъ пораженіи современнаго направленія въ уголовномъ правѣ» [3]). Серьезность пораженія станетъ очевидной, если мы вспомнимъ то значеніе, которое Liszt придавалъ Gesinnungsstrafe. Какъ мы видѣли, въ принципѣ о пропорціональности между наказаніемъ и преступнымъ состояніемъ дѣятеля онъ полагалъ сущность всей своей программы и признаніемъ этого принципа онъ обусловливалъ свое дальнѣйшее сотрудничество въ реформѣ уголовнаго законодательства. «Съ своей стороны я долженъ буду отказаться отъ дальнѣйшаго сотрудничества, говорилъ Liszt на 20 Juristentag'ѣ, если это положеніе встрѣтитъ значительное противодѣйствіе и будетъ отклонено». VE. категорически отклонилъ именно это положеніе. Не пропорціональность между наказаніемъ и преступнымъ состояніемъ, какъ требовалъ Liszt, но пропорціональность между наказаніемъ и виною въ смыслѣ уголовнаго права, построен-

---

1) Begrundung. S. 342.
2) Ibid. S. 338—339.
3) Beiträge zur Kritik.... S. 45.

наго на идеѣ возмездія, составляетъ лозунгъ авторовъ проекта [1]). Тѣмъ не менѣе Liszt не привелъ въ исполненіе своего ультиматума,—онъ не отказался отъ сотрудничества и принялъ участіе въ составленіи «контръ-проекта», содержаніе котораго свидѣтельствуетъ о томъ, что противникъ Birkmeyera предпочелъ не настаивать на своихъ убѣжденіяхъ [2]).

Чтобы убѣдиться въ этомъ, мы сравнимъ принципы, положенные въ основу GE., за которыя вмѣстѣ съ другими составителями вотировалъ также и Liszt,—съ тѣми, которые онъ исповѣдовалъ, какъ истинные, и пропагандировалъ, какъ единственно раціональную основу реформы уголовнаго законодательства.

V.

По мнѣнію Liszt'a, составленіе уголовнаго кодекса вообще должно быть актомъ уголовной политики [3]), которая опиралась бы на точную науку—уголовную соціологію, изучающую преступленіе, какъ чувственное явленіе (sinnfällige Erscheinung) въ его причинахъ и слѣдствіяхъ [4]). Словомъ, въ основаніе уголовнаго кодекса должно быть положено изысканіе законовъ, опредѣляющихъ преступность. Liszt категорически противопоставляетъ уголовную соціологію, какъ *науку*, юриспруденціи, какъ *искусству*. Поэтому его требованіе, чтобы составленіе уголовнаго кодекса было актомъ уголовной политики, заключаетъ въ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ

---

[1]) Ibid. S. 26.

[2]) Правда,—«преступному состоянію дѣятеля» въ проектѣ отведена бо́льшая роль, чѣмъ та, которую оно играло въ прежнемъ уголовномъ правѣ. Объ этомъ опредѣленно говорятъ авторы VE. (Begründung S. 334), которые вводятъ въ самый проектъ новый § 81, предписывающій или, лучше сказать, дающій право судьѣ—«при опредѣленіи мѣры наказанія въ предѣлахъ, указанныхъ закономъ, принимать во вниманіе всѣ обстоятельства, говорящія за болѣе высокое или низкое наказаніе и, въ особенности, *проявившееся въ дѣяніи преступное состояніе* (die in der Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung)»... и т. д. Но Birkmeyer правъ, доказывая, что это «verbrecherische Gesinnung» не то, которое имѣлъ въ виду v. Liszt и его сторонники. (См. *Berkmeyer*, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs. S. 25—31; сравн., также *Allfeld*, Einfluss der Gesinnung. S. 103).

[3]) *Liszt*. Anssätze und Vortrage. B. II, S. 69.

[4]) Ibid. S. 78—79.

утвержденіе, что составленіе уголовнаго кодекса не есть и не должно быть дѣломъ «логически-техническаго правовѣдѣнія», дѣломъ «der Kunst der Juristen». Такое требованіе Liszt'а логически вытекаетъ изъ безспорнаго, по его словамъ, положенія: «тотъ, кто хочетъ бороться съ преступленіемъ, долженъ узнать его, долженъ изучить его, не какъ логическую абстракцію, но какъ явленіе, какъ событіе въ общественной и индивидуальной жизни» [1]). Отсюда возникаетъ необходимость уголовной политики, которая, по словамъ Liszt'а, есть систематическая совокупность основныхъ положеній о томъ, какъ должна вестись борьба правопорядка съ преступленіемъ. Такая борьба, по словамъ Liszt'а, невозможна до тѣхъ поръ, пока преступленіе не познано, какъ явленіе, подчиненное опредѣленнымъ законамъ.

Приведенныя положенія Liszt'а даютъ, намъ кажется, возможность съ опредѣленностью заключить объ общемъ характерѣ того кодекса, который долженъ быть, по мысли Liszt'а, дѣломъ уголовной политики. Этотъ кодексъ прежде всего перестанетъ быть кодексомъ въ современномъ смыслѣ, т. е. совокупностью *нормъ* о преступленіи и наказаніи—правилъ, предписывающихъ или воспрещающихъ извѣстное поведеніе подъ угрозой наказанія. Онъ будетъ представлять собой обычный сборникъ *техническихъ* правилъ, какъ практическое приложеніе причинныхъ зависимостей, открытыхъ въ предѣлахъ той категоріи чувственныхъ явленій, которая извѣстна подъ общимъ наименованіемъ «преступности». Нормы, какъ правила о *должномъ* въ отношеніяхъ людей между собой, и техническія правила, какъ логически-необходимый выводъ изъ опредѣленной группы эмпирическихъ законовъ, указывающія, какъ слѣдуетъ воспользоваться силами природы для достиженія извѣстныхъ цѣлей, совершенно разнородны. Поэтому требованіе Liszt'а объ изъятіи уголовнаго кодекса изъ вѣдѣнія юристовъ и о передачѣ дѣла по его составленіи въ вѣдѣніе уголовной политики заключаетъ въ себѣ тре-

---

[1]) Ibid. S. 3, 78.

бованіе объ упраздненіи уголовнаго права въ современномъ смыслѣ. Birkmeyer правъ, такимъ образомъ, утверждая, что Liszt «ничего не оставляетъ отъ уголовнаго права», хотя онъ и не правъ, придавая этому выводу значеніе аргумента противъ «современнаго» направленія [1]).

Этотъ общій обликъ будущаго уголовнаго кодекса, который рисуется Liszt'у, мы попытаемся детализировать на основаніи данныхъ, разбросанныхъ повсюду въ произведеніяхъ автора. Уголовные кодексы, по словамъ Liszt'а, останутся. Какъ и прежде, они будутъ дѣлиться на «особенную часть», перечисляющую и опредѣляющую отдѣльныя преступленія, и «общую часть», которая по прежнему будетъ заключать въ себѣ предписанія, касающіяся всѣхъ преступленій [2]). Но и та и другая часть должны существенно видоизмѣниться, думаетъ Liszt, въ результатѣ «побѣды современныхъ уголовно-правовыхъ воззрѣній». Видоизмѣненіе прежде всего выразиться «въ существенномъ ограниченіи чисто-логическаго элемента, элемента опредѣленій и понятій». Принятіе простого положенія: «кто создалъ какое-либо условіе для наступившаго слѣдствія, тотъ отвѣтственъ»—устранитъ, по словамъ автора, цѣлую груду спорныхъ вопросовъ и сдѣлаетъ излишнимъ необозримое множество монографій на всѣхъ культурныхъ языкахъ [3]). Балластъ формализма и юридическихъ разграниченій можетъ и долженъ быть выброшенъ за бортъ.

---

[1]) Правда, Liszt сохраняетъ для будущаго «Kunst der Juristen» и рисуетъ себѣ существованіе *юридической* школы *рядомъ* съ соціологической уголовной политикой. Но изъ его объясненій не вытекаетъ *необходимость* такого сохраненія въ дальнѣйшемъ дѣла юристовъ. Наоборотъ, въ изложеніи v. Liszt'а настолько ярко обрисованы разнородность юридическаго и соціологическаго пріемовъ изслѣдованія праступленія, схоластичность и безплодность перваго, научность и продуктивность второго, что убѣжденіе автора въ ненужности «искусства» юристовъ становится очевиднымъ. Его же заявленіе, что и въ будущемъ оно понадобится и будетъ полезно, вызвано, очевидно, желаніемъ нѣсколько смягчить рѣзкость вывода о безцѣльномъ существованіи современнаго уголовнаго права, хотя этотъ выводъ, безспорно, аналитически содержится въ разсужденіяхъ v. Liszt'а объ уголовной соціологіи. См. ibid. S. 79—82.

[2]) Ibid. S. 87.

[3]) Ibid. S. 88.

Глубокое *научное* [1]) преобразованіе испытаютъ, далѣе, основныя понятія уголовнаго права: «преступленіе и наказаніе». Liszt, къ сожалѣнію, не очерчиваетъ этихъ преобразованій, но мы можемъ заключить объ ихъ характерѣ на основаніи общаго духа его научнаго направленія и постояннаго противоположенія уголовной соціологіи, какъ науки, логически - техническому правовѣдѣнію, какъ искусству. Безспорно, что преобразованіе, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, должно совершиться въ направленіи замѣны понятія преступленія, какъ «логической абстракціи» отъ уголовно-правовыхъ *нормъ*, естественно-научнымъ понятіемъ преступленія, какъ чувственнаго явленія, даннаго намъ въ опытѣ. Вполнѣ естественно, что въ будущемъ кодексѣ должно исчезнуть вслѣдствіе этого, принятое въ настоящее время, дѣленіе преступленій по наказанію, т. е, по оцѣнкѣ дѣйствія, выражаемой въ наказаніи: она будетъ замѣнена дѣленіемъ по признакамъ, присущимъ самому явленію и независимымъ отъ познающаго субъекта.

Если преступленіе есть чувственное явленіе,—«необходимый продуктъ данныхъ условій», то, само собой разумѣется, теряютъ всякій смыслъ такія понятія, какъ вина, отвѣтственность. Изъ будущаго уголовнаго кодекса должно исчезнуть, такимъ образомъ, дѣленіе преступленій на умышленныя и неосторожныя. «Естественно-научное разсмотрѣніе, единственное, которое позволительно соціологу, съ необходимостью, говоритъ v. Liszt, приводитъ къ детерминизму», детерминизмъ же съ необходимостью приводитъ къ «устраненію понятія вины» [2]). Впослѣдствіи Liszt смягчилъ это положеніе, требуя возможно большаго лишь ограниченія сферы неосторожной вины при сохраненіи вины умышленной [3]). Вмѣстѣ съ понятіемъ вины должно отпасть также «юридически - техническое понятіе вмѣняемости», построенное на свободѣ воли. Авторъ замѣняетъ его туманнымъ понятіемъ «нормальной опредѣляемости мо-

---

[1]) Курсивъ автора.
[2]) Ibid. S. 84, 86.
[3]) Ibid. S. 391.

тивами»—«воспріимчивостью къ мотивамъ, создаваемымъ угрозой и выполненіемъ наказанія» [1]).

Понятія отдѣльныхъ преступленій, далѣе, могутъ быть, по словамъ v. Liszt'a, упрощены. Должно исчезнуть проводимое въ современныхъ кодексахъ различеніе воровства и растраты, Mord и Todtschlag; должно отпасть также большинство квалификацій отдѣльныхъ преступленій, напр , случаи «квалифицированнаго воровства» [2]). Какъ ненужный балластъ, должно быть отброшено, наконецъ, разграниченіе покушенія отъ оконченнаго дѣянія виновника отъ пособника въ соучастіи [3]).

Еще болѣе значительныя измѣненія должны произойти въ отдѣлѣ о наказаніи. «Вся система карательныхъ угрозъ въ нашихъ кодексахъ будетъ существенно измѣнена», говоритъ v. Liszt [4]). Прежде всего наказаніе, какъ таковое, должно утратить то исключительное мѣсто, которое оно занимаетъ въ современныхъ уголовныхъ кодексахъ. Если преступленіе есть необходимый продуктъ данныхъ условій, то ясно, что борьба съ преступленіемъ должна быть направлена на причины, его вызвавшія. Характеръ этихъ причинъ и долженъ въ свою очередь опредѣлить характеръ средствъ борьбы. «Наказаніе не есть единственное и самое дѣйствительное средство борьбы съ преступленіемъ» [5]). Наоборотъ, «современное соціальное политическое пониманіе», говоритъ Liszt, «приводитъ къ сознанію, что дѣйствіе наказанія много ограниченнѣе того, которое придаютъ ему еще и теперь въ широкихъ, отчасти также въ руководящихъ, кругахъ». Соціологическое изслѣдованіе причинъ преступности обнаружило, по словамъ Liszt'a, двоякую группу ея факторовъ: къ одной принадлежатъ общественныя отношенія, окружающія дѣятеля, къ другой физическая структура дѣятеля. При ближайшемъ разсмотрѣніи сравнительнаго значенія этихъ группъ

[1]) Ibid. S. 85. См. также S. 215 и слѣд.
[2]) Ibid. S. 87.
[3]) Ibid. S. 392.
[4]) Ibid. S. 90.
[5]) Ibid. S. 83. См. также S. 295.

факторовъ оказывается, что опредѣляющее значеніе должно быть признано за первой группой. «Біологическое своеобразіе» дѣятеля обусловливается въ конечномъ итогѣ общественными отношеніями путемъ воздѣйствія ихъ на родителей дѣятеля, на самого дѣятеля въ моментъ рожденія и на него же въ моментъ совершенія дѣянія. Отсюда, «борьба съ преступленіемъ», говоритъ Liszt, «должна вестись въ первую очередь *не наказаніемъ*, но путемъ воздѣйствія на общественныя отношенія, т. е., въ соціально-политической области».

Такимъ образомъ, «на ряду съ репрессіей выступаетъ, далеко превосходящая ее по дѣйствительности, превенція». «Возвышеніе ранга предупредительныхъ мѣръ, прибавляетъ v. Liszt, составляетъ одну изъ самыхъ разительныхъ чертъ современнаго направленія» [1]). Словомъ, въ уголовномъ кодексѣ, который могъ бы разсчитывать на одобреніе Liszt'а, первенствующее значеніе будетъ принадлежать не карательнымъ, а предупредительнымъ мѣрамъ.

Но, сохраняя наказаніе, какъ одно изъ средствъ борьбы съ преступленіемъ и притомъ не самое дѣйствительное, уголовное законодательство, проникнутое идеями Liszt'а, будетъ руководствоваться совершенно иными принципами при опредѣленіи рода и мѣры наказанія. Теперь такимъ основаніемъ служитъ объективная сторона *дѣянія*, въ будущемъ кодексѣ—особенности *дѣятеля*, его *антисоціальное значеніе*, измѣряемое по его *внутреннему состоянію*. Такимъ образомъ, объектомъ карательной дѣятельности будетъ *не преступленіе*, а *преступникъ*. «Теперь искусство законодателя, по словамъ Liszt'а, заключается въ томъ, чтобы найти родъ наказанія, соотвѣтствующій опредѣленному преступленію, которое онъ и предоставляетъ въ предѣлахъ maximum'а и minimum'а въ распоряженіе уголовнаго судьи. Затѣмъ онъ дѣлаетъ изысканіе относительно болѣе тяжелыхъ случаевъ того же самого преступленія. Для нихъ онъ возвышаетъ низшую или высшую мѣру

---

1 Ibid. S. 83.

наказанія, или то и другое вмѣстѣ, или даже переходитъ къ болѣе тяжкому роду наказанія. Точно также, но въ другую сторону, онъ поступаетъ и съ болѣе легкими случаями. Если законодатель допускаетъ еще «смягчающія обстоятельства». тогда мы будемъ имѣть въ счастливомъ случаѣ шесть различныхъ карательныхъ мѣръ, раздѣленныхъ на степени по объективной тяжести дѣянія. Насколько иначе, восклицаетъ v. Liszt, будетъ въ уголовномъ законодательствѣ будущаго» [1]). Правда, и тамъ отдѣльныя преступленія будутъ облагаться различными по тяжести наказаніями; можетъ быть то тамъ, то здѣсь будутъ установлены низшая и высшая мѣра наказанія. Но всѣ дальнѣйшія разграниченія отпадутъ, увѣряетъ авторъ, «такъ какъ юридическое свойство *дѣянія* отступитъ назадъ передъ антисоціальнымъ значеніемъ *дѣятеля*». «За то», продолжаетъ авторъ, «мы найдемъ въ общей части цѣлый рядъ предписаній, которыя мы тщетно теперь искали бы въ ней, начиная съ условнаго осужденія до опредѣленій, касающихся неисправимыхъ привычныхъ преступниковъ. Въ этихъ общихъ предписаніяхъ о различныхъ карательныхъ мѣрахъ, опредѣляемыхъ по особенностямъ дѣятеля, выступитъ яснѣе, осязательнѣе и рельефнѣе, чѣмъ въ чемъ бы то ни было другомъ, различіе между новыми уголовными кодексами и ихъ предшественниками» [2]).

Такимъ образомъ, въ уголовномъ кодексѣ, построенномъ на началахъ «современнаго» направленія, предметомъ наказанія будетъ не преступленіе, но преступникъ, не понятіе, но человѣкъ. Въ опредѣленіи рода и мѣры наказанія рѣшающее значеніе будетъ принадлежать не логическому различію юридическихъ составовъ, какъ устанавливаетъ нынѣшній уголовный кодексъ, но «біологическому различію между преступными людьми» [3]). Соотвѣтственно этому совершенно измѣнится и конструкція особенной части уголовнаго кодекса. Въ противовѣсъ защитникамъ того взгляда, что

---

[1]) Ibid. S. 90.
[2]) Ibid. S. 90—91.
[3]) Ibid. S. 170.

задача законодателя состоитъ въ тончайшемъ дифференцированіи состава преступленія по объективнымъ различіямъ, v. Liszt требуетъ возможно большаго дифференцированія по личности дѣятеля, по степени интенсивности его преступнаго настроенія [1]). Особенная часть при этомъ будетъ существенно упрощена параллельно расширенію и усложненію общей части. Но такое упрощеніе, прибавимъ отъ себя, будетъ не только существеннымъ, оно должно быть также и весьма обширнымъ, если имѣть въ виду, что въ будущемъ уголовномъ кодексѣ долженъ найти мѣсто институтъ неопредѣленныхъ приговоровъ, который находится въ тѣсной логической связи съ основными принципами «современнаго» направленія. Введеніе этого института сдѣлаетъ излишнимъ значительную часть постановленій о размѣрахъ наказаній, такъ какъ самый вопросъ объ этомъ изъ questio juris обратится въ questio facti, который будетъ разрѣшаться въ административномъ порядкѣ.

Таковы черты, которыя по мысли v. Liszt'a, будутъ присущи уголовному кодексу, какъ созданію уголовной политики, въ противовѣсъ современнымъ кодексамъ, представляющимъ продуктъ «искусства юристовъ». Правда, эти черты, извлеченныя нами изъ произведеній v. Liszt'a, слишкомъ неопредѣленны, имѣютъ преимущественно отрицательный характеръ, онѣ не даютъ яснаго, осязательнаго представленія объ уголовно-соціологическомъ кодексѣ, но онѣ достаточны, чтобы разрѣшить поставленную нами задачу: опредѣлить, насколько уголовно-правовыя воззрѣнія v. Liszt'a оказали вліяніе на GE., въ составленіи котораго онъ принялъ участіе.

(Окончаніе слѣдуетъ).

---

[2]) Ibid. S. 39:.

Положительное право и нерегулированные договоры.

Л. С. Таля.

Правовая жизнь, несмотря на разнообразіе интересовъ и потребностей и на широкій просторъ, предоставленный индивидуальному самоопредѣленію въ области частнаго права, протекаетъ въ болѣе или менѣе однообразныхъ формахъ. Подражаніе, психическое взаимодѣйствіе и, главное, необходимость для отдѣльныхъ лицъ сообразовывать свои поступки, въ качествѣ хозяйствующихъ субъектовъ и членовъ общежитія, съ дѣйствіями другихъ лицъ, естественно приводитъ къ образованію типовъ правоотношеній и правовыхъ институтовъ, т. е комплексовъ отношеній, составляющихъ, какъ предметъ нормировки, одно цѣлое и одну изъ типичныхъ формъ, въ которыхъ протекаетъ правовая жизнь.

Въ области договорныхъ отношеній тенденція гражданскаго оборота къ выработкѣ такихъ типичныхъ формъ пріобрѣтаетъ особенное значеніе въ виду того, что тутъ современныя законодательства намѣренно отказываются отъ исчерпывающей нормировки въ смыслѣ установленія numerus clausus. Они останавливаются только на главнѣйшихъ сложившихся въ хозяйственномъ быту видахъ сдѣлокъ, не лишая въ тоже время юридической силы соглашеній, не укладывающихся ни въ одинъ изъ особо предусмотрѣнныхъ закономъ видовъ. Принципъ договорной свободы, усвоенный всѣми дѣйствующими кодексами, означаетъ санкцію правотворческой силы оборота, насколько ея проявленіе не нарушаетъ велѣній или запретовъ положительнаго права и не выходитъ за предѣлы его дѣйствія.

Этотъ принципъ лишь съ сравнительно недавняго времени можно считать общепризнаннымъ. До XVII в. [1]), юристы, ссылаясь на римскую парёмію nuda pactio obligationen non parit, отрицали юридическую силу неформальныхъ соглашеній внѣ случаевъ, санкціонированныхъ положительнымъ правомъ. Но жизнь этому взгляду не подчинялась и его не усвоили ни партикулярныя законодательства, ни общеземскіе гражданскіе кодексы XVIII и XIX столѣтій.

Впрочемъ и римскому праву указанное положеніе отнюдь не мѣшало, насколько этого требовали интересы оборота, принимать подъ свою защиту отношенія, не укладывавшіяся въ обычные трафереты. Едва-ли правовая жизнь въ Римѣ когда либо въ этомъ отношеніи испытывала большія затрудненія, чѣмъ современная, несмотря на то, что римское право, по свойственному ему консерватизму, принципіально никогда не сходило съ той почвы, на которой стояло въ болѣе раннія эпохи: съ почвы признанія нормальнымъ основаніемъ для возникновенія договорныхъ обязательствъ только соглашенія, облеченнаго въ опредѣленную предуказанную форму.

Древнее цивильное право знало три такія формы: nexum, litterae и stipulatio, изъ коихъ первыя двѣ въ классическомъ правѣ болѣе не встрѣчаются [2]). Но и оно уже въ нѣкоторыхъ случаяхъ связывало возникновеніе цивильнаго обязательства еще съ другими основаніями. Такими causae civiles признавались 1) передача вещи (res), сопровождавшаяся соглашеніемъ о возвращеніи той-же или другой вещи (mutuum, commodatum, depositum и pignus); 2) соглашеніе (consensus), совершаемое безъ соблюденія опредѣленной формы [3]) (emptio-venditio,

---

[1]) См. литературу, указанную у Glück Erläuterungen т. IV § 312 № 32, а также L. Seyffert: «Zur Geschichte der obligatorischen Verträge» (1881), Pfordten: «Abhandlungen aus dem Pandektenrecht» (1840), Abh III: «Ueber die Klagbarkeit der Verträge», Savigny: Obligationenrecht» II, § 72 и сл.

[2]) Вмѣстѣ съ стипуляціею еще сохранились нѣкоторые односторонніе, вербальные договоры stricti juris, а именно dictio dotis, jurata promissio liberti и receptum argentariorum.

[3]) Возникновеніе консенсуальныхъ договоровъ вѣроятно относится уже къ республиканскому періоду. Ср. Pernice Labeo I стр. 442 сл., стр. 466.

locatio-conductio, mandatum, societas). Однако на этомъ равитіе договорной свободы не остановилось. Подъ творческимъ воздѣйствіемъ юриспруденціи и преторской юрисдикціи эти два позднѣйшихъ основанія—res и consensus—сдѣлались исходными точками для постепеннаго признанія исковой силы за обширными категоріями новыхъ договорныхъ типовъ (negotia nova или civilia) [1]).

Мысль, лежавшая въ основаніи реальныхъ договоровъ, получила примѣненіе далеко за предѣлами послѣднихъ. Не только фактическая передача вещи въ собственность (aliquid datum), но фактическое исполненіе любого дѣйствія (aliquid factum), когда они сопровождались обѣщаніемъ со стороны другого контрагента въ свою очередь что нибудь дать или исполнить, давали совершившему право требовать исполненія обѣщаннаго. Эти договоры [2]), какъ юридическія категоріи, въ римскихъ источникахъ не получили опредѣленнаго названія и на этомъ основаніи современные пандектисты дали имъ неудачное [3]) названіе безымянныхъ договоровъ (contractus innominati) [4]). Иски, которыми они защищались (actiones in factum, actiones praescriptis verbis) также какъ actiones utiles (fictitiae и безъ фикцій), созданы были именно для восполненія пробѣловъ въ дѣйствующемъ правѣ.

[1]) См. наприм. Dig. XIX, 3 l. 1 pr., XIX, 5, l. 12, l. 19 pr., l. 22.

[2]) Изъ Dig. II, 14, l. 7, § 2 явствуетъ, что ихъ договорный характеръ признавался юристами не сразу, а что первоначально видѣли тутъ лишь обязательство къ устраненію ущерба, понесеннаго лицомъ, передавшимъ вещь или исполнившимъ дѣйствіе. Подробнѣе объ этомъ см. I. А. Покровскій: «Право и фактъ въ римскомъ правѣ», ч. I, стр. 80 сл.

[3]) Оно неудачно потому, что нѣкоторыя сдѣлки этой категоріи въ оборотѣ носили опредѣленное названіе, какъ напр.: mutuum, contractus aestimatorius. Отсутствіе же такого названія у другихъ нельзя считать ихъ специфическимъ признакомъ. Оно объясняется Ульпіаномъ (Dig. XIX, 5, l. 4) естественнымъ порядкомъ вещей: «natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula». Въ источникахъ (Dig. XII, 1, l. 9, XIII, 5 l 1 § 6) упоминается о contractus incerti въ противоположность къ contr. certi и нѣкоторые ученые (напр. Accarias «Théorie des contrats innommés» (1873) p. 24 и Pfordten, ук. соч. стр. 272) относятъ первое выраженіе къ безымяннымъ контрактамъ. Др. мн. Savigny: »Obligationenrecht», II стр. 210.

[4]) Объ ихъ историческомъ развитіи, значеніи и особенностяхъ (jus poenitendi), см. подробности въ вышеуказанныхъ сочиненіяхъ Аккарія и Пфордтена.

Объ этомъ свидѣтельствуютъ какъ римскіе юристы [1]), такъ и современные изслѣдователи [2]). «Сложившійся съ теченіемъ времени циклъ фиксированныхъ исковъ, говоритъ проф. Покровскій [3]), оказывался часто все-таки недостаточнымъ для удовлетворенія безостановочно растущихъ потребностей юридической жизни; отъ поры до поры на поверхности этой жизни всплывали новыя отношенія, которыя не находили себѣ защиты въ системѣ уже установленныхъ исковъ, но которые взывали о ней къ претору. И преторъ давалъ эту защиту, создавая искъ ad hoc и приспособляя его къ условіямъ и потребностямъ конкретнаго случая». Къ a. i. f. прибѣгали тогда, когда пользоваться цивильными исками (actiones vulgares usitatae) или формулами, преподанными въ эдиктахъ (judicia prodita) было невозможно или казалось нецѣлесообразнымъ.

Идея консенсуальныхъ договоровъ также получила дальнѣйшее распространеніе какъ въ цивильномъ, такъ и въ преторскомъ правѣ. Къ четыремъ договорамъ этой категоріи присоединился пятый, получившій названіе contractus emphyteuticarius [4]). Уже въ древнемъ правѣ допу-

---

1) Dig. XIX, 5, 1. 1 pr.: Nonnumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur.

Ibid. 1. 2 nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est

Ibid. 1. 3: in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.

Ibid. 1. 4: Natura enim rerum conditum est, ut pluria sint negotia quam vocabula.

2) Accarias указ. соч. p 3: ...«les necessités mêmes de la pratique, les lacunes du vieux droit civil rendirent nécessaire la théorie des contrats innommés»». Savigny: «Syst.» V § 217: «Auserdem wurden die Formeln (in pactum) auch in grosser Ausdehunug gebraucht, wo es darauf ankam für ein neu wahrgenommenes Rechtsverhältnis eine Klage zu erfinden, also in Fällen, wofür das Edikt gar keine Formel enthielt, sodass sie zur praktischen Erweiterung des Rechts dienten».

3) Указ. соч. стр. 127 и сл.

4) Процессъ постепеннаго обособленія этого договора наглядно изображенъ въ I. III, 24, § 3: Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdin pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit, auferre liceat.

скались такъ наз. pacta adjecta при манципацiонныхъ сдѣлкахъ. Впослѣдствiи установилось возрѣнiе, что на всякое дополнительное pactum, заключенное одновременно (in continenti) съ negotium bonae fidei или, если это былъ консенсуальный контрактъ, даже отдѣльно отъ него, простирается исковая сила основной сдѣлки [1]. Преторское право шло еще дальше. Оно превозгласило принципъ защищаемости всѣхъ вообще pacta conventa, не противорѣчащихъ законамъ и нравственности [2]. Такъ какъ, однако, это новое въ римской жизни начало не основывалось на положительномъ правѣ, а на naturalis aequitas [3], и вѣроятно встрѣтило отпоръ въ твердо установившемся правовозрѣнiи римлянъ, что для возникновенiя обязательства требуется наличность causa, преторская защита этихъ pacta по общему правилу облекалась не въ форму исковъ, а въ форму экцепцiй [4]. Но существовали также неформальныя сдѣлки, снабженные исками на основанiи преторскаго эдикта (pacta pretoria) и императорскихъ конституцiй (pacta legitima) [5].

Въ итогѣ этого процесса консенсуальные договоры (contractus и pacta) по своему практическому значенiю затмили всѣ остальныя категорiи соглашенiй, Однако римское право все-же не доводило этого развитiя до его логическаго конца, до провозглашенiя принципа договорной свободы и до отказа отъ положенiя, что неформальное соглашенiе порождаетъ право на искъ только

sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur et a quibusdem locatio, a quibusdam venditio existimebatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam.

[1] Cp. Dig II, 14 l. 7, § 5 и 6, L, 17 l. 27.

[2] Ibid. l. 7, § 7: Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebisscita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.

[3] Ibid. l. 1, pr.: Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?

[4] Ibid. l. 7, § 4: Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

[5] Сюда кромѣ обширной группы конститутовъ (объ нихъ см. Bruns: «Zeitschr. für Rechtsgesch». I стр. 48 сл.) принадлежали receptum cauponum et nautarum, dotis promissio, вѣроятно также receptum arbitrii и нѣкоторые другiе.

въ указанныхъ въ законѣ случаяхъ Какимъ-же образомъ развитой гражданскій оборотъ и чуткая къ его потребностямъ римская юриспруденція могли мириться съ такимъ стѣсненіемъ?

Разгадку слѣдуетъ искать съ одной стороны въ особомъ характерѣ власти римскихъ магистратовъ, въ широкой свободѣ, которою они пользовались при выборѣ средствъ и способовъ охраны общественнаго порядка въ области отправляемой ими юрисдикціи, съ другой — въ характерѣ и значеніи интерпретаціонной дѣятельности римскихъ юристовъ. Мы остановимся только на послѣдней, такъ какъ насъ въ настоящій моментъ интересуютъ не историческія причины и формальныя основанія преторскаго правотворчества [1]), а пріемы и способы интерпретаціи нормъ при подведеніи подъ нихъ нерегулированныхъ бытовыхъ явленій [2]).

Интерпретація въ римскомъ смыслѣ не совпадаетъ съ нашимъ представленіемъ о толкованіи, а обнимаетъ также завѣдомо правотворческую дѣятельность. Она не конкурируетъ съ законодательствомъ, не отправляетъ одинаковыхъ съ ними функцій дополненія дѣйствующаго права *новыми* нормами, и формально также, какъ современное толкованіе, видитъ свою задачу лишь въ обнаруженіи и изъясненіи существующихъ правовыхъ нормъ. Но она ищетъ ихъ не только въ уже формулированныхъ положеніяхъ права, а также внѣ ихъ, въ другихъ источникахъ, опредѣляющихъ человѣческіе поступки. Интерпретація, какъ указываетъ уже этимологическое значеніе этого слова, заключается въ «посред-

---

[1]) Ихъ анализу посвящена вторая часть приведеннаго выше соч. I. А. Покровскаго: «Право и фактъ въ римскомъ правѣ». Тамъ-же указана литература вопроса.

[2]) См. къ слѣдующему Kipp: «Gesch. der Quellen des röm Rechts стр. 8 сл. (есть рус. перев.) и въ Pauly—Wissowa: «Realenzyclopädie s. v. aequitas, M. Voigt: «Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentinm der Römer», т. I (1856) стр. 34, В. М. Хвостова: «Опытъ характеристики понятій aequitas и aequum jus въ римской классической юриспруденціи», особенно стр. 22 сл. (1895), Géza-Kiss. «Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht» въ Jahrb. für Dogm. Bd. 58, стр. 419 сл. и его-же рефератъ въ «Arch. für Rechts und Wirtschaftsphil», т. III, стр. 536 сл.

ничествѣ» между буквою закона и требованіями жизни [1]), между началами права и нормами, сложившимися въ области aequitas [2]), въ восполненіи писаннаго права другимъ—неписаннымъ, но все же существующимъ и дѣйствующимъ [3]). Aequitas, по воззрѣніямъ римлянъ ничто иное, какъ квинтессенція культурныхъ идей данной эпохи, ея представленій о должномъ, служащихъ этическими директивами человѣческихъ поступковъ. Она не тождествена съ правомъ, но въ тоже время отнюдь не противопоставляется ему, какъ нѣчто отличное отъ него по существу. Aequitas—органическій законъ человѣческаго общежитія, которому должно подчиняться также функціонированіе права, насколько для дѣйствія данной нормы не предуказаны или изъ ея цѣли и смысла не вытекаютъ болѣе тѣсные и опредѣленные предѣлы (jus strictum) [4]). Несоотвѣтствіе же jus strictum требованіямъ aequitas (iuaequitates juris) исправляется и устраняется не путемъ интерпретаціи, а въ законодательномъ порядкѣ [5]).

Для юристовъ aequitas фактически служила не только ключемъ для правильнаго пониманія правовыхъ нормъ, но также обильнымъ источникомъ для ихъ созиданія. Когда положительное право не давало прямого отвѣта на вопросы, возникавшіе въ жизни, не указывало правовыхъ формъ, въ которыя, могли бы укладываться данныя конкретныя правоотношенія, юристы искали и находили ихъ въ области aequitas [6]). Въ этомъ они сами видѣли

---

[1]) Ср. Regelsberger: «Pandekten § 36, Thöl ук. соч. § 59, Kohler въ «Zeitschr. für priv u. öff. Recht», т. 13, стр. 75, а также Dig. I, 3, l. 17 (Celsus) Scire leges non hoc est verba earum tenere. sed vim ac potestatem.

[2]) Cod. I, 14, l. I: «Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet jus dicere. Новымъ тутъ только является провозглашеніе прерогативы императора, но не взглядъ на интерпретацію, какъ на посредническую функцію. Ср. Dig. VI, 17, l. 90, и Saviguy: «System» т. I, стр. 300.

[2]) Ср. Puchta: «Kursus der Instit» т. II (1853), стр. 316, Géza Kiss: ук. соч. въ Jahrb. 58 стр. 421 сл.

[4]) Ср. Windscheid-Kipp.: «Pand.», I, § 28.

[5]) Ср. Гай: «Inst.», III, 25: Sed haec juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt (Рѣчь идетъ о порядкѣ наслѣдованія по цивильному праву).

[6]) Dig. XV, 1, l. 32 pr.: «licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat judicium in eos dari; Dig. XXXIX, 3, l. 2, § 5: haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.

лучшую сторону своей дѣятельности, возводившую право на ступень ars boni et aequi (Dig. I, 1 pr). «Никакими отдѣльными построеніями», говоритъ Киппъ (Geschichte der Quellen, стр. 8), римское право не отвоевало себѣ въ такой мѣрѣ права на безсмертіе, какъ положеніемъ, занятымъ имъ по отношенію къ aequitas».

Но въ тоже время они были очень далеки отъ мысли отрицать обязательность существующаго права для суда, замѣнить его просто судейскимъ усмотрѣніемъ [1]) или признать за судомъ право постановлять рѣшенія contra legem по соображеніямъ справедливости. Формально интерпретація не могла и не стремилась къ отмѣнѣ дѣйствующаго закона. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда aequitas противопоставлялась rigor или subtilitas juris или самому jus [2]), какъ требуемый жизнью коррективъ къ иимъ, юристы все-же видѣли въ ея примѣненіи только способъ раскрытія истиннаго смысла дѣйствующей нормы закона [3]) (sententia. mens legis, constituti, edicti) или закономѣрное восполненіе его пробѣловъ [4]) изъ другого источника *дѣйствующаго* права. Правда, въ лицѣ римскаго претора, судья сливался съ магистратомъ, надѣленнымъ

---

[1]) Въ литературѣ нерѣдко aequum et bonum изображается, какъ субъективно справедливое, и aequitas отождествляется со сферою судейскаго усмотрѣнія. См. Schmölder Die Billigkeit als Grundlage des bürg-Rechts, стр. 68 сл. Это не соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ римлянъ, требовавшимъ, чтобы судьи всегда основывали свои рѣшенія на нормахъ объективнаго права. Ср. I, IV, 17, pr.: «in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. Ср. также Kipp у Paully—Wissowa s. v. aequitas.

[2]) См. примѣры изъ источниковъ у Paully-Wissowa s. v. aequitas и Géza-Kiss ук соч. стр. 431.

[3]) Именно смысла закона, а не воли законодателя. Ср. Kohler ук. соч. стр. 2: «nicht, was der Verfasser des Gesetzes will, ist entscheidend, sondern, was das Gesetz will», и приведенныя у него (прим. 2) мѣста источниковъ, а также Thöl Einl. стр. 150.

[4]) Подъ «пробѣломъ» въ правѣ мы подразумѣваемъ отсутствіе нормы писаннаго или обычнаго права относительно того и другого встрѣчающагося въ дѣйствительной жизни правоотношенія. Правовой характеръ отношенія не зависитъ отъ того, предусмотрѣно-ли оно формулированными положеніями права или нѣтъ, а отъ совершенно другихъ критеріевъ. См. Regelsberger: Pand, § 38, Jung: Die logische Geschossenheit des Rechts, въ Giessener Festschrift für Dernburg (1900). Это необходимо оговорить въ виду допущеннаго авторитетными учеными смѣшенія отсутствія формулированныхъ нормъ съ непризнаніемъ правового характера извѣстнаго явленія. См. ниже стр. 398 прим. 2.

властью издавать, когда этого требовали интересы общественнаго порядка, новыя постановленія, допустить или не допускать судебное разбирательство даннаго спора (dare или denegare actionem [1]). Но въ своей дѣятельности и преторъ принципіально наравнѣ съ другими гражданами былъ связанъ дѣйствовавшимъ правомъ и, пока оно не было отмѣнено, долженъ былъ съ нимъ считаться, даже когда оно имъ самимъ было создано (quod quisque novi juris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur). И также съ нимъ должны были считаться jurisprudentes въ своей научной или практической интерпретаціонной дѣятельности хотя «auctoritas prudentium» и составляла въ Римѣ самостоятельный источникъ права [2]). Римская юриспруденція только ближе стояла къ самому процессу правообразованія, къ его источникамъ, чѣмъ современная, имѣла больше путей и средствъ фактическаго воздѣйствія на него [3]), да и самое развитіе права въ Римѣ совершалась въ формахъ, легче поддававшихся приспособленію къ требованіямъ жизни, чѣмъ въ современныхъ государствахъ. Нормы, извлеченныя ими изъ началъ aequitas и ставшія дѣйствующимъ правомъ, конечно также со временемъ могли устарѣть и перестать удовлетворять нуждамъ оборота. По выраженію Эйзеле [4]) они, «кристализовавшись, тѣмъ самымъ каменѣли и могли очутиться въ такомъ-же противорѣчіи съ живой, текущей aequitas, какъ

---

[1]) Ср. Bekker, Die Aktionem im röm. Privatr. II, стр. 19 сл.

[2]) Dig. I, 1, l. 7: «Jus auten civile est, quod ex legibus, plebisscitis senatus consultis, decretis principnm, auctoritate prudentium venit.

[3]) Таковъ смыслъ господствующаго мнѣнія, что римскіе юристы могли свободнѣе обращаться съ нормами права, чѣмъ современные. Ср. Savigny System I, стр. 298, Windscheid, I, § 28, № 4. Его сторонники сами подробно излагаютъ, основываясь на источникахъ, пріемы толкованія законовъ и юридическихъ сдѣлокъ. Эти пріемы не идутъ дальше аналогіи и фикцій, для которыхъ исходнымъ положеніемъ служитъ обязательность для судьи выводить рѣшеніе изъ дѣйствующаго права. Ср. Dig. I, 3, l. 27: «...semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt; Тамъ-же l. 12: «...ad similia procedere; l. 32: «De quibus causis scriptis legibus non utimur, it custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est. Др. цитаты у Колера, ук. соч. стр 50.

[4]) Kri.t Vierteljahrschr. т. IX (1874) стр. 509.

jus civile strictum». Но они тѣмъ не менѣе продолжали считаться обязательными нормами, пока не были отмѣнены или вытѣснены привившеюся въ оборотѣ новою интерпретаціею.

Особенно широкое поле для примѣненія началъ aequitas представляло толкованіе юридическихъ сдѣлокъ. Исходнымъ положеніемъ тутъ служила обязательность и ненарушимость того, что было постановлено самими сторонами [1]) (lex contractus). Но при изъясненіи смысла этихъ постановленій и при опредѣленіи правовыхъ послѣдствій сдѣлки, не предусмотрѣнныхъ ни соглашеніемъ сторонъ, ни положительнымъ правомъ, руководящимъ масштабомъ и опредѣляющимъ факторомъ должно было служить представленіе объ aequitas. Иногда магистраты въ своемъ эдиктѣ заранѣе обезпечивали себѣ извѣстную свободу дѣйствія въ этомъ отношеніи, оставляя напр. за собою право рѣшать дѣло causa cognita (Dig. II, 13, l. 6 § 8) или quanti res erit и т. п. Но и при отсутствіи такой оговорки въ эдиктѣ они весьма часто включали въ формулу указаніе опредѣлить права и обязанности, вытекающія изъ данной сдѣлки, ex bona fide т. е. сообразно съ требованіями aequitas [2]). А при разборѣ actiones bonae fidei и arbitrariae, игравшихъ весьма важную роль въ римскомъ быту, судья даже въ такомъ указаніи не нуждался; онъ обязанъ былъ независимо отъ него руководствоваться bona fides, какъ нормою для рѣшенія дѣла [3]). Римское право выработало также своеобразное процессуальное средство для осуществленія сторонами своего права на примѣненіе этого масштаба, когда въ формулѣ о немъ и не упоминалось. Такимъ средствомъ служило exceptio doli generalis [4]).

---

[1]) Мѣста источниковъ, подтверждающіе это положеніе, очень многочисленны. Ср. напр. Dig. XIX, 2, l. 21: «bona fides exigit, ut quod convenit fiat», XII, 1, l. 3: ...«in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est» II, 14, l. 1 pr.: ...«quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt servare? См. Voigt ук. соч. стр. 591 сл.

[2]) Ср. Voigt ук. соч. I стр. 389 и 584 сл.

[3]) Подробнѣе см. Hartmann въ «Arch. für civ. Praxis», т. 73, ст. 400 сл., K. Schneider: «Treu und Glauben im Recht der Schuldoerhältnisse (1902) § 5.

[4]) См. Pernice, Labeo II, стр. 112 сл., Birkmeyer: «Die Exceptionen im bonae fidei judicium (1874), K. Schreiber, ук. соч. стр. 33 сл., Voigt ук. соч. стр. 601 сл.

Dolus, это образъ мыслей, противорѣчащій требованіямъ aequitas [1]). Притязаніямъ, свидѣтельствующимъ о такомъ образѣ мыслей, не могло быть мѣста въ bonae fidei judicium, такъ какъ они шли въ разрѣзъ съ основною идеею этого процесса [2]). Цѣль института exceptio doli заключалась, по словамъ юриста Павла, именно въ устраненіи возможности dolose пользоваться положеніемъ цивильнаго права contra naturalem aequitatem [3]). Что при всемъ томъ рѣшеніе дѣла ex aequo et bono отнюдь не было равносильнымъ рѣшенію его по субъективному усмотрѣнію судьи, явствуетъ уже изъ выше сказаннаго.

При такой постановкѣ открывалась полная возможность примѣнять, на ряду съ формулированными нормами, нормы неписаннаго права, извлекаемыя изъ сложившихся въ правосознаніи гражданъ представленій объ обязательныхъ культурно-этическихъ постулатахъ общежитія. Поэтому непризнаніе принципа договорной свободы естественно должно было утратить свою остроту. Едва-ли при эластичности римскихъ договорныхъ типовъ часто могли встрѣчаться отношенія, имѣвшія, по воззрѣніямъ оборота, правовой характеръ, которыхъ нельзя было, хотя и съ нѣкоторою натяжкою, подводить подъ одну изъ признанныхъ закономъ правовыхъ формъ. А приспособленіе правовыхъ послѣдствій къ природѣ и цѣли данной сдѣлки совершалось уже безъ особаго труда, посредствомъ интерпретаціи и восполненія воли сторонъ по началамъ aequitas [4]).

Современное гражданское право въ вопросѣ о юридической силѣ неформальныхъ соглашеній, какъ мы уже говорили, не послѣдовало за римскимъ. Побѣду одержалъ противоположный принципъ [5]) обязательности вся-

---

[1]) Dig. XVII, 2, l. 2, § 3: «Bona fides contraria est fraudi et dolo.

[2]) Dig. XXIV, 3, l. 21 in fine, XLIV, 4, l. 2, § 5.

[3]) Dig. XLIV, 4, l. 1, § 1: «Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

[4]) О непримѣнимости римскихъ воззрѣній и порядковъ къ современной жизни см. Bekker, Die Aktionen im röm. Privatr. т. II Schlussbetrachtungen.

[5]) По вопросу о происхожденіи этого поворота мнѣнія сильно расходятся. Одни ищутъ его корни въ каноническомъ правѣ (см. критику этого взгляда у Savigny: «Obligationenrecht» II, стр. 234 сл.), другіе считаютъ

каго соглашенія, удовлетворяющаго общимъ условіямъ гражданскаго права и особымъ требованіямъ закона, если таковыя установлены для даннаго рода сдѣлокъ. Нормы, восполняющія послѣдствія договора, насколько они не установлены сторонами [1]) должны быть извлекаемы изъ положительнаго права путемъ толкованія. Это искусство еще со временъ Донелла [2]) составляетъ

его пережиткомъ древнегерманскаго народнаго права (см. Glück: «Erläuterung», Bd. IV, стр. 282. Contra Stobbe: «Reurecht und Vertragschluss (1876). Третьи наконецъ—и къ нимъ принадлежатъ корифеи исторической школы Пухта и Савиньи,—приписываютъ его обычному праву. См. подробности у Seuffert ук. соч. § 1.

[1]) Проф. Петражицкій: («Теорія права и государства, 2-ое изд. (1910), т. II, стр. 597 сл. и 451 сл.) считаетъ «договорное право» самостоятельнымъ видомъ позитивнаго, на ряду съ законнымъ и другими его видами. Онъ основывается на томъ, что соглашеніе служитъ такимъ-же нормативнымъ фактомъ для правовой психики, какъ законъ и обычай. Однако 1) поведеніе контрагентовъ (правовыя послѣдствія сдѣлки) опредѣляется не однимъ только соглашеніемъ, а также закономъ, обычаемъ, нерѣдко, воззрѣніями оборота, требованіями справедливости, совѣстью и т. д., т. е. нормами различныхъ видовъ позитивнаго и интуитивнаго права. Договорнымъ правомъ, такимъ образомъ, вопреки общепринятому словоупотребленію проф. Петражицкій называетъ не весь комплексъ нормъ, опредѣляющихъ послѣдствія договора, а только часть ихъ. 2) Законъ содержитъ общую норму поведенія для всѣхъ предусмотрѣнныхъ имъ случаевъ, договоромъ-же устанавливается частная норма только для даннаго конкретнаго случая. Съ этою разницею связаны весьма существенныя послѣдствія. Такъ законъ очень часто примѣняется независимо отъ воли сторонъ, въ дополненіе къ ней, или даже, не взирая на то, что сторонами руководитъ не представленіе о немъ, а о другихъ «нормативныхъ фактахъ» (на что проф. Петражицкій самъ неоднократно указываетъ. См. напр. стр. 494 сл.). Наконецъ 3) соглашеніе, одностороннее волеизъявленіе, приказъ управомоченнаго, порученіе коммитента и многіе другіе факты, хотя въ качествѣ «нормативныхъ» могутъ быть координированы закону, но они все-же, какъ юридическія факты, поставлены въ извѣстныя (формальныя и матеріальныя) рамки, опредѣленныя закономъ. Ихъ обязательная сила—(нуждаются-ли они въ этомъ или нѣтъ, это другой вопросъ)—особо подтверждается закономъ. Такъ напр. обязательная сила соглашеній формулирована у насъ въ ст.ст. 569 и 1536, т. X, ч. I. Однородныя постановленія существуютъ и въ другихъ законодательствахъ. На ряду съ ними вездѣ дѣйствуетъ «аксіома интуитивнаго права»: pacta sunt servanda. Опредѣлить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, послужило-ли «нормативнымъ фактомъ» представленіе объ обязательности договора или закона, или въ основѣ психическаго переживанія лежитъ указанная аксіома, при такихъ обстоятельствахъ едва-ли возможно, и установленіе особаго договорнаго права, какъ вида позитивнаго, на ряду съ закономъ, становится практически безцѣльнымъ. Мы не видимъ также пользы отъ него для научной систематики. Смѣшеніе юридическихъ фактовъ съ формами правообразованія (такъ наз источниками права) и дробленіе позитивнаго права на безчисленное количество видовъ неминуемо лишитъ послѣднее единства и цѣльности, столь существенныхъ для его усвоенія и примѣненія.

[2]) Ученіемъ Донелла въ его Commentarius de jure civile L. I c. 13 и сл. положено основаніе научной герменевтикѣ. Оно въ значительной мѣрѣ воспроизведено и подробно обосновано у Savigny System, т. I.

предметъ особой дисциплины, такъ наз. герменевтики, которой посвящена обширная спеціальная литература [1]). Она видитъ цѣль толкованія въ раскрытіи воли законодателя и не удѣляетъ особеннаго вниманія вопросу, какъ быть, когда въ позитивномъ правѣ нѣтъ прямого указанія, восполняющаго пробѣлы соглашенія, или его тамъ при всемъ желаніи найти невозможно, или когда подведеніе даннаго отношенія подъ тѣ или другія постановленія закона, противорѣчитъ практической цѣли соглашенія и правовому чувству («природѣ вещей»). Еще въ настоящее время находятся ученые, признающіе возможнымъ совсѣмъ съ этимъ обстоятельствомъ не считаться. Провозгласивъ, что позитивное право представляетъ собою «законченное цѣлое», за предѣлами котораго существуетъ только «ein rechtsleerer Raum», что отдѣльныя нормы обладаютъ безграничною «логическою растяжимостью», они отсюда заключаютъ, что пробѣлы возможны только въ правопониманіи толкователя, но не въ самомъ правѣ [2]). Но разъ ограниченность правопониманія составляетъ не индивидуальное, а общечеловѣческое свойство, какая польза отъ этой *вѣры* въ безпредѣльныя діалектическія способности человѣческаго ума и въ логическую законченность позитивнаго права? Ею пробѣлы права фактически не устраняются. Для

---

[1]) Подробный библіографическій обзоръ этой литературы и изложеніе ея итоговъ даетъ Е. В. Васьковскій: «Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ» (Одесса, 1901 г.). См. также Шершеневичъ въ Ж. М. Ю. за 1903 г. кн. I, стр. 50 сл.

[2]) Ср. выше стр. 393 прим. 4. Пробѣлы, говоритъ напр. Бринцъ («Ueber die Zeit im Recht», München, 1882) возможны только въ нашемъ правопониманіи, надъ самымъ-же правомъ властвуетъ horror vacui. «Wie für die Luft in der Natur, giebt es für das Recht im menschlichen Leben und Treiben kein vacuum (стр. 5). Изъ новыхъ писателей наиболѣе радикально этотъ взглядъ приводитъ Bergbohm ук. соч. стр. 384. «Die ganze Vorstellung von den Rechtslücken sollte endlich einmal aufgegeben werden. Ein Recht, und wenn es fast nichts an geregelten Stoffen umfast, ist etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes». Въ совершенно иномъ смыслѣ о невозможности пробѣловъ въ «позитивномъ» правѣ говоритъ Штамлеръ: «Theorie» гл. VII, § 16. Подъ послѣднимъ онъ подразумѣваетъ «alles Recht in seinem möglichen Auftreten» или «jedes bedingte rechtliche Wollen», безотносительно къ тому, опирается-ли оно на авторитетъ закона, дѣйствуетъ-ли оно вообще въ практической жизни или нѣтъ. Но Штамлеръ допускаетъ пробѣлы въ «формулированномъ» правѣ, восполняемые, по его ученію, «правильнымъ правомъ».

ихъ восполненія наукою должны быть указаны какіе нибудь реально осуществимые способы.

По отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ возникаетъ еще другой вопросъ: на чемъ основано субсидіарное примѣненіе къ нимъ нормъ положительнаго права? Вѣдь навязываніе послѣднимъ правовыхъ послѣдствій, договоромъ не предусмотрѣнныхъ, prima facie вообще противно принципу частной автономіи. Для его формальнаго обоснованія господствующему ученію пришлось прибѣгнуть къ другой фикціи: къ презумпціи молчаливаго подчиненія контрагентовъ всѣмъ положеніямъ, которыя посредствомъ толкованія могутъ быть извлекаемы изъ позитивнаго права (или изъ спеціально указанныхъ имъ источниковъ) и только этимъ положеніямъ [1]).

Изложенные схоластическіе догматы въ послѣднее время такъ часто подвергались обстоятельной и уничтожающей критикѣ, что ихъ можно считать поколебленными [2]). Реакція противъ нихъ и противъ тѣсно связаннаго съ ними конструктивнаго направленія цивилистической науки и практики (Begriffsjurisprudenz) началось уже въ послѣднюю четверть прошлаго столѣтія. Въ настоящее время она привела не только къ коренному перевороту въ воззрѣніяхъ на задачи и методы судейскаго толкованія, но также къ пересмотру нѣкоторыхъ основъ теоріи права. Если оставить въ сторонѣ нападки на увлеченіе конструированіемъ и діалектическими построеніями [3]), первые удары были направлены

---

[1]) Критику этого ученія см. у Ehrlich: «Stillschweigende Willenserklärung» (1893), Danz: «Auslegung der Rechtsgeschäfte» 2 изд. (1906), его-же «Laienverstand und Rechtsprechung въ Jahrb. für Dogm.» 1898 и Rechtsprechung nach der Volksanschaung und nach dem Gesetz» въ Jahrb. für Dogm. 1909, Déreux: «De l'interprétation des actes juridiques» (1905), K. Schneider ук. соч.

[2]) Jung: «Das Problem des natürlichen Rechts (1912) стр. 14, «Das Dogma von der Lückenlosigkeit des Rechtsystems darf man als gefallen bezeichnen». Ср. однако ниже стр. 401 прим. 2. Уже много раньше Бюловъ нѣсколько осторожнѣе констатировалъ ту же перемѣну во взглядахъ въ «Gesetz und Richteramt» стр. 10: «Die Fiktion der Gesetzmässigkeit aller Urteile est heute als solche, als Fiktion erkannt».

[3]) Особенно энергично противъ этого направленія, котораго онъ самъ раньше держался, (см. «Unsere Aufgabe» въ Jahrb. für Dogm. I и «Geist des römichen Recht» т. I, стр. 25 сл., т. II, стр. 309 сл., т. III, стр. 311 сл.)

именно противъ теоріи презумптивной воли сторонъ [1]), какъ основанія субсидіарнаго примѣненія нормъ закона, и противъ теоріи раскрытія воли законодателя, какъ общей цѣли толкованія закона [2]). Та и другая въ сущности сводятся къ фикціямъ. У лицъ, совершающихъ юридическую сдѣлку, можно предположить представленіе о преслѣдуемой ими практической цѣли и объ указанныхъ въ самой сдѣлкѣ правовыхъ нослѣдствіяхъ—и только. Объ остальномъ они могутъ не отдавать себѣ отчета, а нормъ закона, субсидіарно опредѣляющихъ послѣдствія сдѣлки, они могутъ вовсе не знать. Поэтому о сознательномъ подчиненіи этимъ нормамъ и рѣчи быть не можетъ. Такую-же произвольную фикцію составляетъ «предполагаемая воля законодателя» о предметахъ, не имѣвшихся въ виду при изданіи закона. Законъ не выражаетъ индивидуальныхъ желаній или мыслей законодателя, а имѣетъ свое объективное содержаніе и самостоятельное назначеніе, при раскрытіи которыхъ рѣшающее значеніе должны имѣть потребности и воззрѣнія жизни. Задача толкователя поэтому отнюдь не заключается въ отгадываніи воли или мыслей сторонъ и законодателя, не получившихъ яснаго выраженія въ толкуемой сдѣлкѣ или нормѣ, а въ установленіи ихъ объективно-цѣлесообразнаго и правильнаго содер-

---

ратуетъ Ihering; см. его «Scherz und Ernst in der Inririsprudenc», стр. 247 сл. и «Der Besitzwille». Въ новѣйшей литературѣ см. Stampe: въ «Arch. für civil. Pr.» т. 80, стр. 305 сл., его-же «Unser Rechts-und Begriffsbildung (1907).

[1]) Ср. Schlossmann: «Der Vertrag (1876), особенно стр. 117 сл. и его же рецензію въ Zeitschr. für priv und öff Recht, т. VII, стр 543 сл., Lenel: «Parteiabsicht и Rechtserfolg въ Jahrb. für Dogm. т. XIX (1881) стр. 154 сл., Bechmann: «Der Kauf», т. II, ч. I, § 101 и сл., (литература подробно указана у Endemann'a: Lehrb. (8 изд.) т. I, стр. 274, Eneccerus: Lehrb. т. I стр. 377 и Déreux ук. соч. III ч., гл. II).

[2]) Походъ противъ господствующаго ученія открыли главнымъ образомъ Kohler: «Ueber die Interpretation der Gesetze въ Zeitschr. für öff. und pr. Recht», т. XIII, Wach: «Handb. des deutsch. Zivilproz.» I, стр. 254 сл., и Binding: «Handbuch des Strafrechts» I, стр. 450. Литература этого вопроса очень обширна и наиболѣе полно указана у Gény: «Methode d'interprétation et sources en droit privé positiv» (1899). Изъ позднѣйшихъ работъ стр. статьи Danz: въ «Jahrb. für Dogm.» за 1898 и 1905 г.г., Kraus:въ «Zeitschr. für priv und öff. Recht» и Brütt: «Die Kunst der Rechtsanwendung» (1907).

жанія [1]). Историческій и филологическій способы толкованія должны уступить мѣсто «телеологическому».

Этими общими требованіями и отрицательнымъ отношеніемъ къ господствовавшимъ до конца прошлаго вѣка воззрѣніямъ [2]), однако, исчерпывается все, въ чемъ сходятся между собою несогласныя съ нимъ мнѣнія. Телеологическая теорія толкованія предполагаетъ ясное представленіе объ общей цѣли правопорядка. Уже при попыткахъ формулировать эту *цѣль* ученые радикально расходятся между собою, понимая ее то въ узко утилитарномъ смыслѣ охраны личныхъ интересовъ (Ihering) [3]), то въ способствованіи задачамъ культуры и удовлетво-

---

[1]) См. Hölder: «Komment. zum allg. Teil des bürg. Gesetzbuches» I, стр. 298 сл., Колеръ въ ук. статьѣ стр. 2: «est treten nicht diejenigen Rechtsfolgen ein, welche der Verfasser des Gesetzes beabsichtigt, sondern diejenigen, welche sich aus dem organischen Zweckbestreben des Gesetzes ergeben, welche sich als der Ausfluss des im Gesetze geschaffenen geistigen organismus darstellt». Ср. также Reuterskiöld: «Ueber Rechtsauslegung» (1899) и Gény: ук соч. Попытку примирить и слить въ одно понятіе волю законодателя и закона дѣлаетъ Штаммлеръ (Theorie гл. VII, § 12). Исходя изъ воззрѣнія на право, какъ на «правовое хотѣніе» (rechtliches Wollen), онъ возражаетъ противъ выраженія: «воля закона» на томъ основаніи, что «хотѣть» можетъ только человѣкъ, а не законъ, составляющій самъ объектъ хотѣнія (etwas Gewolltes, einen Bewustseinsinhalt). Но въ то же время онъ признаетъ, что съ отпаденіемъ законодателя, законъ становится «хотѣніемъ тѣхъ, кто въ настоящее время творитъ право» (стр. 617) и, какъ таковое, долженъ быть толкуемъ такъ, какъ это соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ современнаго законодателя, а не въ томъ смыслѣ, какой ему придавали, быть можетъ, 100 лѣтъ тому назадъ. Практически теорія Штаммлера сводится къ тому же объективированію и изъясненію мысли закона въ соотвѣтствіи съ требованіями современной жизни. Ср. также Шершеневичъ въ Ж. М. Ю. за 1903 г. кн. I, стр. 55.

[2]) Не слѣдуетъ думать, что въ настоящее время они уже не имѣютъ вовсе приверженцевъ. Въ недавно выпущенномъ IV томѣ сочиненій Бирлинга: «Juristische Prinzipienlehre» (1911) онъ снова горячо отстаиваетъ и защищаетъ филологическую теорію толкованія законовъ и сдѣлокъ. Ср. стр. 230: «Als eigentliche, grundsätzliche Aufgabe aller Auslegung-und darum auch der juristischen—ist die Blosslegung desjenigen geistigen Inhalts anzuschen, die in den zu interpretierenden Worten, dem Willen ihres Autors gemäss, seinen Ausdruck finden sollte»; стр. 256: «Alle diese Normen-Gesetze, wie sonstige Verordnungen und Verfügungen sind an und für sich der Ausdruck je eines bestimmten lebendigen Willensinhalts, kundgegeben mit der zweifellosen Intention, von denen, an die sie sich richten, gerade so aufgefasst und beobachtet zu werden, wie sie von den Norm.-setzenden Organen wirklich gedacht und gewollt sind». Однако бо̀льшая часть ученыхъ старой школы,—и въ томъ числѣ самъ Бирлингъ (см. § 57 и стр 355),—дѣлаютъ извѣстныя уступки новымъ вѣяніямъ. Ср. Affolter: «Der Positivismus in der Rechtswissenschaft» въ Arch. für öff. Recht» т. XII, стр. 31, Kipp-Windscheid I, § 22 № 7.

[3]) Geist des römischen Rechts, т. III, стр. 327 сл., E. Steinbach: «Moral als Schranke», стр. 42.

реніи культурныхъ потребностей (Колеръ) [1]), то въ установленіи и охранѣ мира (Гарейсъ) [2]) или правовой обезпеченности (Kraus, Gmür) [3]), наконецъ, въ проведеніи въ жизнь началъ правильнаго права (Stammler) [4]) и т. д. Но разногласія принимаютъ болѣе принципіальный и непримиримый характеръ, когда рѣчь заходитъ о способахъ восполненія положительнаго права, объ источникахъ, откуда могутъ быть добываемы «цѣлесообразныя» правовыя нормы, когда законъ ихъ не содержитъ, о масштабѣ и критеріи для опредѣленія ихъ цѣлесообралности, наконецъ, о предѣлахъ судейскаго правотворчества или точнѣе, правонахожденія (Rechtsfindung, libre recherche).

Не смотря на почти необозримую и безпрерывно растущую литературу [5]), мы еще очень далеки отъ общепризнаннаго мнѣнія и этихъ вопросовъ отнюдь еще нельзя считать достаточно выясненными. Новыя ученія исходятъ изъ положенія, что дѣйствующее въ жизни право не исчерпывается формулированными нормами и оффиціально признаннымъ правомъ. Многое изъ того, что въ настоящее время формально основывается на законѣ, выводится изъ него посредствомъ аналогіи и при помощи различныхъ фикцій, въ сущности состав-

---

[1]) Einführung in die Rechtswissenschaft (Enzyclopädie I, стр. 10); къ нему примыкаютъ Brütt ук. соч. стр. 133, признающій «критеріемъ правильнаго права» его способность развивать культурныя силы народа, Berolzheimer: «System der Rechts-und Wirtschaftsphilosophie» III, § 5, 19 и др.

[2]) Encyclopädie и Methodologie der Rechtswissenschaft.

[3]) Gmür: «Die Anwendung des Rechts nach Art. I des SZGB. (1908) стр. 45: Als oberste Ziele des Gesetzes können die Rechtsordnung und die Rechtssicherheit bezeichnet werden.

[4]) Theorie гл. VII, § 33 особенно стр. 621, «Jeder Satz des geformten Rechtes ist nur ein Versuch richtiges Recht zu sein. Sobald daher die Besonderheit eines einzelnen rechtlichen Wollens für sich undeutlich ist und innerhalb des eigenen Ausdruckes nicht geklärt werden kann, muss folgerichtig angenommen werden, dass es als Inhalt seiner Anordnung das eingefügt habe, was seinem Grundgesetze entspricht». Ср. также стр. 649.

[5]) Мы не пытаемся дать даже самаго поверхностнаго представленія о безчисленныхъ, высказанныхъ за послѣднее время, по этимъ вопросамъ взглядахъ. Инструктивный обзоръ, принадлежащій перу проф. Завадскаго, печатается на страницахъ Уч. Зап. Казанскаго Унив., начиная съ 1911 г. Онъ еще не законченъ. Такой-же обзоръ обѣщанъ германскимъ судьею Нейкампомъ въ «Recht und Wirtschaft» за 1911 г. № 3, но еще не появился. Наиболѣе полный библіографическій перечень даетъ Jung: «Problem des natürlichen Rechts» (1912).

ляетъ особое, отличное отъ формулированнаго, право (jus non scriptum), почерпнутое изъ правового чувства судьи, правовыхъ воззрѣній оборота, природы вещей, указаній науки, требованій справедливости и тому подобныхъ источниковъ. Оно—плодъ судейскаго правотворчества и также какъ въ Римѣ [1]) и въ англо-американскомъ правѣ [2]), фактически составляетъ существенную часть *дѣйствующаго* права, хотя открыто таковымъ признается законодателемъ [3]) и наукою права [4]) лишь въ весьма ограниченныхъ предѣлахъ.

---

[1]) Ср. Dig. I, 2, l. 2, § 6—12, и I, 1, l. 6, § 1, а также Géza Kiss указ. соч. стр. 421 сл.

[2]) Тамъ, на ряду съ закономъ, customs of the people и case law (judiciary law, Jurisprudence) всегда признавались частью дѣйствующаго права. См. Stephen New Commentaries on the law of England (17 изд.), стр. 48 сл. («judge made law»). Austin. Lectures on Jurisprudence (3 изд. 1869), стр. 530 слѣд. Salmond, Theorie of judicial precedents (Law Quarterly Review, т. XIV стр. 376 сл., Pollock. Essays in jurisprudence and ethics стр. 237 сл. Послѣдній авторъ даже признаетъ этотъ отдѣлъ права предметомъ особой юридической дисциплины (Science of case law) и особаго метода и утверждаетъ, что «a good part of our existing Statute-law may be regarded as consolidated case-law». Детальный историко-сравнительный обзоръ значенія судебнаго права даетъ Lambert ук. соч. Онъ называетъ (стр. 802) судебную практику «l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en normes du droit».

[3]) Примѣрами такого частичнаго признанія могутъ служить ст. 7 австр. Гражд. Улож.: «Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reichlich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen enschieden werden», и ст. 8 гражд. кодекса для фрейбургскаго кантона изд. въ 1868 г.: «Les cas qui ne trouvent pas leur solution dans le texte, ni dans l'ésprit, ni dans le système général des lois de ce Canton, sont decidés d'après les règles de l'équité». Huber: System und Geschichte des schweiz Privatrecht, т. I, стр. 62 сл., Васьковскій, ук. соч. стр. 207 сл. Исключеніе составляетъ знаменитый § I новаго швейцарскаго улож.: «Когда въ законѣ не находится предписанія, судья долженъ рѣшать по обычному праву, а гдѣ такового нѣтъ, по тому правилу, какое онъ установилъ-бы, будучи законодателемъ. Онъ при этомъ слѣдуетъ (folgt, по французскому тексту: s'inspire: вдохновляется) испытанному ученію и преданію». Ошибочно думать, что этотъ законъ предоставляетъ судьѣ право рѣшать вопросы, офиціальнымъ правомъ не предусмотрѣнные, какъ ему заблагоразсудится. Онъ (также какъ законодатель, стоящій на должной высотѣ), обязанъ считаться съ требованіями жизни и, кромѣ того, съ указаніями науки и опытомъ исторіи. См. толкованіе этой статьи на почвѣ законодательныхъ матеріаловъ у Gmür ук. соч. и въ комментаріи Rossel'я.

[4]) См. литературу, указ. у Gény, стр. 468 прим. 4 и сл., стр. 487 и въ особенности Addickes: «Zur Lehre von den Rechtsquellen» (1872), Unger: «System des öster. Privatr.», Schlossmann: «Der Vertrag», Bierling: Kritik I, стр. 84 сл.

Уже въ 1885 г. Бюловъ [1]) высказалъ мысль, что «не одинъ законъ, а законъ и судья вмѣстѣ создаютъ право для народа» (стр. 48) и что судья является творцомъ права на ряду съ законодателемъ. Подъ правотворчествомъ Бюловъ однако не подразумѣвалъ созданія нормъ, идущихъ въ разрѣзъ съ закономъ, а лишь отысканіе и примѣненіе судьею неформулированныхъ въ законѣ нормъ права путями и способами, ему разрѣшенными (стр. 11 и 46). Многіе юристы старой школы, въ томъ числѣ старѣйшій и авторитетнѣйшій изъ австрійскихъ юристовъ, предсѣдатель высшаго суда Унгеръ [2]) впослѣдствіи признали допустимость такой «квазизаконодательной дѣятельности судьи». Но въ теченіе долгаго времени высказанная Бюловымъ мысль, по собственному его признанію [3]), осталась незамѣченною со стороны официальной юриспруденціи. Къ ней вернулись уже въ началѣ двадцатаго вѣка, когда вопросъ о «свободномъ судейскомъ правотворчествѣ» былъ опредѣленно поставленъ и подробно разобранъ французскимъ ученымъ Gény и австрійскимъ—Эрлихомъ [4]). Онъ былъ тогда съ большою горячностью подхваченъ преимущественно германскими юристами-практиками и теоретиками, обрушившимися на «непопулярность» судей. Ея причину они видятъ съ одной стороны въ ихъ «отчужденности отъ міра» (Weltfremdheit), ихъ незнанін жизни и людей, ихъ неумѣніи и нежеланіи считаться съ современными соціальными и экономическими условіями, съ другой—въ стѣсненіи судьи рамками официальнаго (писаннаго и обычнаго) права и предуказанными пріемами его толкованія. Бороться съ этимъ зломъ можно только путемъ коренного измѣненія постановки юридическаго образованія и вообще подготовки судей и признанія за ними права «находить» и устанавливать нормы для разрѣшенія случаевъ, законами прямо не

---

[1]) Gesetz und Richteramt (1880).

[2]) Въ Zeitschr. für priv. und öff Recht. т. 31, стр. 110.

[3]) Bülow: «Ueber das Verhältniss der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht» въ «Das Reeht» за 1906 г., стр. 771.

[4]) «Freie Rechtsfindung und freie Rechts wissenschaft» Lpz. 1903. См. также его Thatsachen des Gewohnheissrechts (Rektoratsrede 1906).

предусмотрѣнныхъ, слѣдуя только совѣсти и требованіямъ цѣлесообразности [1]).

Это радикальное ученіе встрѣтило энергичный отпоръ и должную оцѣнку со стороны авторитетныхъ юристовъ [2]), не отрицавшихъ однако—за немногими исключеніями—правильности его исходнаго положенія: что нормами закона и обычая не исчерпывается дѣйствующее право. Гдѣ законодатель молчитъ, его функціи долженъ исполнять судья, но ихъ нельзя ставить на одну доску. Судья устанавливаетъ не общее правило, обязательное для всѣхъ гражданъ, а индивидуальную [3]) норму для даннаго случая (jus facit inter partes), которая потомъ уже въ силу своего внутренняго достоинства, какъ судебный прецедентъ, можетъ превратиться въ общую норму. Это отнюдь не значитъ, что судья освобождается отъ обязанности законопослушанія, т. е примѣненія прежде всего тѣхъ нормъ, которыя посредствомъ толкованія могутъ быть добыты изъ закона. Судить contra legem онъ не вправѣ; онъ только можетъ и обязанъ восполнять пробѣлы закона, руководствуясь при этомъ не субъективнымъ усмотрѣніемъ, а объективными масштабами и критеріями, указанными закономъ и наукою.

Но тогда возникаетъ вопросъ: откуда ихъ взять, эти масштабы и критеріи? Германскіе юристы пытаются найти ихъ въ ссылкахъ германскаго уложенія на дорую совѣсть (Treu und Glauben), воззрѣнія оборота (Ver-

---

1) Главными представителями этого крайняго направленія являются Gnaeus Flavius (Конторовичъ) «Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), Rumpf, Gesetz und Richter (1906), Schmölder: «Die Billigkeit als Grundlage des bürg Rechts» (1909) и особенно Eugen Fuchs «Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz (1908) и Die Gemeinschädlichkeit der Konstruktiven Jurisprudenz.

2) Oertmenn, Gesetzeszwang und Richteramt, Rektoratsrede (1908), Unger въ Deutsche Juristenzeitung за 1906 г. стр. 781 и Klein въ Allg. Oestr. Gerichtszeitung за 1906 г. стр. 265. Общую оцѣнку движенія въ пользу свободнаго права (Freirechtsbewegung) см. у Bierliug, привед. соч., IV, стр. 289, Stammler «Theorie», стр. 727 сл., I. A. Покровскій: «Гражданскіе судъ и законъ» (1906).

3) Именно «индивидуальную» въ противоположность «общей», а не конкретпую норму въ противоположность «абстрактной». Это прекрасно выяснено А. Э. Вормсомъ въ статьѣ: Примѣненіе обычая къ наслѣдованію въ личной собственности на надѣльныя земли въ Юрид. Зап., изд. Демидовскимъ Лицеемъ, за 1912 г. вып. I и II, стр. 135 сл.

kehrssitte) и т. п., но при толкованіи смысла этихъ понятій опять обнаруживается полное разногласіе [1]). Одни видятъ въ нихъ объективное начало, подобное римской aequitas, другіе склонны понимать ихъ какъ бланкетъ [2]), данный судьѣ для проведенія въ жизнь нормъ, признаваемыхъ имъ наиболѣе справедливыми и цѣлесообразными. Въ литературѣ французскаго права выдвигаются тѣже критерiи подъ видомъ équité и interêt public, къ которымъ code civil не разъ отсылаетъ, но и тамъ признается, что эти понятія страдаютъ крайнею неопредѣленностью и что въ нихъ въ сущности можно вкладывать любое содержаніе [3]).

Оказалось такимъ образомъ, что недостаточно признать существованіе—на ряду съ позитивнымъ—другой отрасли дѣйствующаго права и надѣлить судью компетенціею его «находить» и примѣнять; необходимо точнѣе опредѣлить его сущность, указать методъ и объективные критерiи для его раскрытія. Сторонники движенія въ пользу такъ наз. свободнаго права строятъ разрѣшеніе этой задачи на несовпаденіи реальныхъ явленій правовой жизни съ формулированнымъ правомъ. «Правопорядокъ не долженъ совпадать съ правовою дѣйствительностью и фактически съ нею не совпадаетъ во многихъ отношеніяхъ. Ибо не все дѣйствующее (geltendes) право примѣняется и не все примѣняемое право формулировано» [4]). Отсюда дѣлается выводъ, что бытовое право, «право жизни» имѣетъ самостоятельное значеніе на ряду съ формулированнымъ и что «для его изученія долженъ быть примѣненъ особый методъ, имѣющій своею задачею распознаваніе правовой дѣйствительности—ме-

1) См. обзор. литературы у K. Schneider: «Treu und Glauben» § 6.

2) Jung: «Problem» стр. 334 «Es ist erfreulich, dass die Blankettnatur von Begriffen, wie «Treu und Glauben» и s. w. nun allmählich allgemein anerkanut wird; unter der nnbestrittenen Herrschaft der alten Rechtsquellenlehre war das Keineswegs der Fall, trotzdem schon die Institutionen sagen (IV, 6, 30): in bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi». Едва-ли однако слова: «libera potestas» имѣютъ тотъ смыслъ, который вкладываетъ въ нихъ Iung.

3) См. Gény: «Methode» стр. 32 сл. и указанную тамъ литературу, Déreux ук. соч. стр. 103 сл. и стр 423.

4) Hugo Sinzheimer: «Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft», (München, 1909), стр. 7.

тодъ соціологическій». Онъ заключается въ описаніи встрѣчающихся въ жизни правовыхъ формъ, въ которыя облекаются бытовыя явленія, и въ опредѣленіи, на основаніи анализа этихъ явленій, ихъ общихъ признаковъ, какъ юридическихъ понятій. Этимъ, по мнѣнію Зинцгеймера, отнюдь не отмѣняется, а только расширяется господствующій догматическій методъ, направленный на формулировку общихъ началъ, извлекаемыхъ логическимъ путемъ изъ дѣйствующаго права. Однако, какъ выражается другой, болѣе радикальный послѣдователь этого метода, «правовое положеніе не должно разсматриваться какъ мертвый догматъ, а какъ живая сила... Въ этомъ смыслѣ догматическому правопониманію должно быть противопоставлено динамическое, для котораго не столь существенно, что означаетъ данное положеніе права, а какъ оно живетъ, какъ оно дѣйствуетъ, какъ переламывается въ различныхъ отношеніяхъ (Verhältnissen), какъ они отъ него уклоняются и оно ихъ оттѣсняетъ» [1]).

Юристамъ—философамъ, подвергавшимъ вопросъ о природѣ дѣйствующаго права болѣе глубокому анализу, не трудно было доказать неудовлетворительность изложеннаго ученія, какъ попытки *теоретическаго* разрѣшенія проблемы. Проф. Петражицкій почти двадцать лѣтъ тому назадъ, въ своей критикѣ второго проекта германскаго уложенія [2]) предостерегалъ отъ преувеличенія значенія ссылки на бытовыя правовоззрѣнія или такихъ критеріевъ, какъ «соціальный характеръ» гражданскаго права. «Въ наше время культурнаго кризиса замѣчается такая дезорганизація правосознанія, такія противоположности въ воззрѣніяхъ на справедливое и несправедливое какъ разъ въ области распредѣленія благъ и принциповъ, на которыхъ оно построено, что по истинѣ надо быть слѣпымъ, чтобы оперировать съ живущими въ народѣ правовоззрѣніями, съ современнымъ чувствомъ права, какъ съ всегда доступнымъ аргументомъ» (стр. 599).

---

[1]) Ehrlich: «Freie Rechtsfindung», стр. 34, Ср. также Müller-Erzbach: «Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien» въ Jahrb. für Dogm. за 1908 г., Spiegel: «Jurisprudenz und Sozialwissenschaft въ Zeitschr. für priv. und öff. Recht за 1909 г.

[2]) «Lehre von Einkommen» Berlin, 1893, приложеніе.

Слово «соціальный» многозначущее, говорится въ другомъ мѣстѣ указ. сочиненія (стр. 572). «Когда оно употребляется безъ точной и детальной формулировки кроющейся подъ нимъ программы, нельзя знать, что оно означаетъ».

Съ тѣхъ поръ не разъ указывалось, что описаніе и анализъ соціальнаго быта и господствующихъ воззрѣній въ лучшемъ случаѣ могутъ дать представленіе о фактически совершающемся въ жизни, но не о томъ, имѣемъ ли мы дѣло съ явленіемъ правового или иного порядка [1]). Еще меньше изъ практической жизни могутъ быть почерпнуты объективные критеріи для выбора между нѣсколькими возможными рѣшеніями. Опредѣленіе началъ и сущности неформулированнаго (интуитивнаго, бытового) права невозможно безъ разрѣшенія болѣе общаго и труднаго вопроса о сущности права вообще. «Кажущееся многимъ возможнымъ извлеченіе путемъ индукціи изъ данныхъ *правовыхъ* фактовъ понятія *о правѣ* представляетъ въ дѣйствительности только порочный кругъ. Ибо всякій разъ, когда говорятъ о *правовомъ* явленіи, логически понятіе о правѣ уже предполагается и только примѣнено къ частному случаю» [2]). Критеріевъ для оцѣнки правовыхъ нормъ не слѣдуетъ искать въ дѣйствующемъ правѣ или въ реальныхъ явленіяхъ жизни, а только въ лежащемъ внѣ его правовомъ идеалѣ. Оцѣнка и выработка началъ и критеріевъ, соотвѣтствующихъ идеалу должна составлять задачу особой юридической дисциплины (цивильной политики, правильнаго права), а не догматической юриспруденціи.

Въ конечномъ итогѣ движеніе привело такимъ образомъ къ коренному пересмотру основныхъ вопросовъ теоріи права и къ возрожденію мысли объ идеальномъ правѣ [3]). Глубокія и всестороннія изслѣдованія проф.

[1]) Stammler: «Theorie», гл. VIII, § 13 и 17.

[2]) Тамъ-же стр. 46 сл., Ср. также гл. IV, § 13.

[3]) Въ связи съ этимъ заговорили о «возрожденіи естественаго права» См. Петражицкій: «Lehre v. Einkommen, стр. 579, Теорія права, т. II, стр. 579 и сл., Stammler: «Wirtschaft und Recht» (2 изд. 1906) гл. 31, В. М. Гессенъ: «Возрожденіе естественнаго права» (1902), I. А. Покровскій: «Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданскаго права» (1909) и указанную тамъ литературу. Но какъ Петражицкій, такъ и Штамлеръ подчеркиваютъ несовпаденіе «идеи права» или идеальнаго права съ «есте-

Петражицкаго и—вслѣдъ за нимъ—нѣкоторыхъ другихъ юристовъ-философовъ, особенно Штамлера, подвели прочный научный фундаментъ подъ ученіе о несовпаденіи понятія и предѣловъ права вообще и оффиціальнаго или формулированнаго права. Мы не останавливаемся на этихъ ученіяхъ, открывающихъ новые, широкіе горизонты для юридической науки. Спеціалистамъ они извѣстны; остальнымъ краткое изложеніе не можетъ дать достаточно яснаго о нихъ представленія. Новая теорія переноситъ право въ человѣческую психику и опредѣляетъ его, какъ особый психологическій феноменъ, внѣ всякой зависимости отъ формы его проявленія въ практической жизни, отъ такъ наз. источниковъ права. По ученію проф. Петражицкаго подъ правомъ слѣдуетъ понимать «этическія переживанія, эмоціи которыхъ имѣютъ аттрабутивный характеръ» (Теорія, I, стр. 85), а по опредѣленію Штамлера—«ненарушимо автократически соединяющее хотѣніе». Первый дѣлитъ право на интуитивное и позитивное и на официальное и неофиціальное (Теорія, II, § 35). Второй различаетъ 1) позитивное право (въ смыслѣ права, перенесеннаго въ условности реальной жизни), отъ права, какъ формально-логическаго построенія, свободнаго отъ всякихъ ограниченій и условностей и 2)—въ предѣлахъ этого послѣдняго—правильное и неправильное право. Каждый изъ этихъ ученыхъ указываетъ особые методы изслѣдованія и распознаванія права, какъ психологическаго феномена и логической категоріи. Каждый изъ нихъ выдвигаетъ свой идеальный масштабъ для его оцѣнки и раціональнаго направленія.

ственнымъ» въ томъ смыслѣ, какъ оно до сихъ поръ понималось въ наукѣ. Первый отрицаетъ существованіе особаго права подъ именемъ «естественнаго». Его функція въ настоящее время должна исполнять особая наука политики права, «посвященная разработкѣ началъ желательнаго раціональнаго права и законодательства» и только въ этомъ смыслѣ можно говорить о возрожденіи естественнаго права. Штамлеръ допускаетъ «естественное право съ измѣнчивымъ содержаніемъ» (ук. соч. гл. 33) и называетъ его «правильнымъ правомъ» (das richtige Recht). Но онъ отрицаетъ возможность *дѣйствующаго* права, выступающаго какъ «откровеніе чистаго разума», съ претензіею на вѣчное и неизмѣнное содержаніе, внѣ связи съ опытомъ жизни и съ процессомъ историческаго развитія (Theorie гл. II, § 4. Ср. также Jung: «Problem», стр. 170 сл.

Какъ ни относиться къ предложеннымъ классификаціямъ, методамъ и масштабамъ и къ перенесенію права, какъ объекта научнаго изслѣдованія, въ область психики, для юриста-догматика и для судебной практики непосредственное приложеніе новыхъ ученій пока еще встрѣчаетъ непреодолимыя затрудненія. Далеко не всегда на почвѣ этихъ теорій возможно безспорное разрѣшеніе основного вопроса, имѣемъ ли мы дѣло въ данномъ конкретномъ случаѣ съ явленіемъ правового или иного порядка. Штамлеръ откровенно признаетъ, что неувѣренность при разрѣшеніи этого вопроса (Unsicherheit beim Bestimmen des rechtlichen Geltens) неизбѣжна [1]). Онъ картинно сравниваетъ разницу въ положеніи теоретика и практика въ данномъ случаѣ съ разницею между описаніемъ животнаго и искусствомъ поймать его (стр. 174).

Но даже, когда этотъ вопросъ разрѣшенъ, остается еще опредѣлить комплексъ правъ и обязанностей, съ которыми стороны должны сообразовать свое поведеніе. Предположеніе, что представленіе о нихъ входитъ въ содержаніе «правовой эмоціи» или «правового хотѣнія», что оно составляетъ «содержаніе сознанія» (Bewustseinsinhalt) сторонъ, отнюдь не потверждается опытомъ. Стороны могутъ сознавать правовой (аттрибутивный) характеръ связанности и въ тоже время не имѣть яснаго представленія о конкретныхъ своихъ правахъ и обязанностяхъ или имѣть о нихъ неодинаковое представленіе.

«Съ научно-юридической точки зрѣнія, говоритъ проф. Петражицкій (Теорія I стр. 78), вообще съ точки зрѣнія яснаго и отчетливаго знанія смысла и содержанія права, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ знать и умѣть отвѣтить на вопросы: 1) кто обязанъ (субъектъ обязанности); 2) къ чему, къ какимъ дѣйствіямъ онъ обязанъ (объектъ обязанности); 3) кто субъектъ подлежащаго права; 4) на что онъ имѣетъ право, что ему причитается (объектъ права). Но фактическія правовыя переживанія далеко не всегда соотвѣт-

---

[1]) Theorie, гл. II, § 15 и гл. VIII, § 8.

ствуютъ такому требованію. Въ нихъ съ точкя зрѣнія этой четырехчленной схемы обыкновенно имѣются тѣ или иные пробѣлы».

«Въ частности, смотря по разнымъ конкретнымъ психическимъ обстоятельствамъ, въ особенности смотря по направленію вниманія въ данный моментъ времени въ сознаніи индивида, переживающаго психическіе процессы правового типа, обыкновенно односторонне выступаетъ на первый планъ или императивная сторона, представленія обязанныхъ и того, къ чему обязаны, или аттрибутивная сторона представленія управомоченныхъ и того, на что они имѣютъ право; другая-же сторона блекнетъ и стушевывается, соотвѣтственныя представленія имѣютъ смутный и неясный характеръ или даже совсѣмъ отсутствуютъ».

Въ этихъ случаяхъ заинтересованныя лица въ практической жизни ожидаютъ разрѣшенія своихъ сомнѣній и разногласій отъ юриста, къ которому обращаются за совѣтомъ, или отъ судьи, разбирающаго ихъ споръ. На послѣднихъ лежитъ обязанность опредѣлять общеобязательныя нормы, которымъ стороны должны подчиняться. Но какъ опредѣлить ихъ, когда ихъ нельзя извлечь ни изъ «нормативныхъ фактовъ», съ которыми связана «данная правовая эмоція», ни изъ анализа правовой психики?

Въ такомъ-же положеніи находится юристъ-догматикъ при научной разработкѣ нерегулированныхъ закономъ правовыхъ явленій. «Функція юриспруденціи, по мнѣнію проф. Петражицкаго (Теорія I стр. 227), состоитъ въ заполненіи подлежащихъ пробѣловъ, въ нахожденіи рѣшеній для нерѣшенныхъ закономъ вопросовъ и т. д., вообще въ дополненіи и усовершенствованіи продуктовъ соотвѣтственной унификаціонной тенденціи позитивно-официальнаго права». Для выполненія этой функціи Петражицкій отсылаетъ юристовъ на путь «самонаблюденія и соединеннаго метода внутренняго и внѣшняго наблюденія», а Штамлеръ къ методу «сведенія правового понятія къ его психологическимъ основаніямъ» (psychologische Rückführung des Rechtsbegriffs)

и выбора изъ возможныхъ рѣшеній того, которое лежитъ въ направленіи къ соціальному идеалу.

Теоретически эти методы существенно отличаются отъ осужденной еще Томазіемъ aequitas cerebrina съ одной и отъ обращенія къ «воззрѣніямъ жизни» съ другой стороны; практически-же они очень близки къ нимъ. «Каждое отдѣльное юридическое дѣйствіе, говоритъ Штамлеръ (стр. 154), подлежитъ столь обширному кругу опредѣляющихъ правилъ и такому количеству индивидуальныхъ условій, что ихъ сведеніе къ простымъ психологическимъ началамъ (Leitsätzen) пока еще встрѣчаетъ неопредѣлимыя трудности. А тутъ еще дѣло идетъ о массовыхъ явленіяхъ въ области правоотношеній. Этимъ трудность добываемаго разрѣшенія (Auflösung), методолическая возможность котораго не подлежитъ сомнѣнію. повышается, насколько можно предвидѣть, до фактической неосуществимости».

Изъ новыхъ попытокъ теоріи освѣтить и разрѣшить вопросъ о сущности понятія о правѣ для догматической юриспруденціи пока съ несомнѣнностью вытекаетъ одно: если она ставитъ себѣ задачу изучить *все* дѣйствующее право, а не только ту часть его, которая можетъ быть сведена къ оффиціальнымъ «источникамъ», то съ расширеніемъ понятія о правѣ неминуемо связано расширеніе области изслѣдуемыхъ ею явленій. Но для изученія неоффиціальнаго и непозитивнаго права необходимо еще выработать методы и пріемы, соотвѣтствующіе спеціальнымъ задачамъ юридической догматики, какъ практической науки. Пока это не сдѣлано и нѣтъ возможности опереться на произведенныя и провѣренныя другими массовыя психологическія и статистическія наблюденія, догматику остается только держаться возможно ближе къ уже испытаннымъ путямъ научнаго изслѣдованія.

Одновременно съ движеніемъ, направленнымъ противъ ученія объ исчерпывающемъ значеніи и логической законченности позитивнаго права, не остановилась также работа юристовъ въ старомъ направленіи, работа надъ усовершенствованіемъ интерпретаціонной и зако-

нодательной техники [1]). Наиболѣе интереснымъ и существеннымъ результатомъ этой работы является возникшая въ самое послѣднее время теорія о такъ наз. смѣшанныхъ договорахъ [2]). Она пытается указать новый путь для подведенія, если не всѣхъ, то очень многихъ нерегулированныхъ договоровъ подъ нормы дѣйствующаго закона. Отправной точкою для нея служитъ то обстоятельство, что договоры, не укладывающіеся цѣ-

---

[1]) Кромѣ указаннаго выше сочиненія Бирлинга «Prinzipienlehre» Bd. IV, см. особенно Harald Gutherz: «Studien zur Gesetzestechnik (1908) въ Strafrechtl. Abh. Heft 93 и 98. О желательности измѣненія законодательной техники въ духѣ новыхъ ученій см. Kohler въ Arch. für civ. Pr. т. 96 (1904): «Technik der Gesetzgebung, Zitelmann: «Die Kunst der Gesetzgebung» въ Jahrb. der Gehestiftung за 1904 и Gény: «La technique législative dans la codification civile moderne въ «Livre du Centenaire», т. II.

[2]) Терминъ «смѣшанные договоры» уже раньше иногда употреблялся въ литературъ, но въ нѣсколько иномъ смыслѣ. Онъ служилъ для обозначенія такихъ сдѣлокъ, въ которыхъ правовыя послѣдствія связывались не съ единымъ, а со сложнымъ фактическимъ составомъ. Такъ напр. Беккеръ, въ своемъ учебникѣ («System des Pandektenrechts» Bd. II, § 95) посвящаетъ отдѣльную главу вопросу о Gemischte Rechtsgeschäfte, подразумѣвая подъ ними такія сдѣлки, въ составъ которыхъ, кромѣ волеизъявленія, входятъ еще «натуральные акты», т. е. другіе юридическіе факты, которые онъ противопоставляетъ «чистымъ сдѣлкамъ» (reine Willensgeschäfte). Въ томъ болѣе тѣсномъ смыслѣ, въ которомъ ниже въ текстѣ говорится о смѣшанныхъ договорахъ, они до послѣдняго времени лишь мимоходомъ, по поводу отдѣльныхъ конкретныхъ вопросовъ, останавливали на себя вниманіе юристовъ. См. литер., указ. у Höniger: «Die gemischten Verträge in ihren Grundformen» (1910) § 12, и у Crome-Zachariäe, II, § 340 прим. Исключеніе составляетъ лишь такъ наз. negotium mixtum cum donatione (см. ниже стр. 417 и сл.). Въ мотивахъ къ германскому проекту граж. улож. неоднократно затрогивается вопросъ о смѣшан. догов. (см. наприм. т. II, стр. 372) и встрѣчается уже самый терминъ «Gemischte Verträge» въ указанномъ техническомъ смыслѣ. Оттуда онъ перешелъ въ комментаріи (см. напр. комментарій Планка къ ст. 535, прим. 10, Эртмана тамъ-же, прим. 3; Мейснера стр. 148) и въ учебники германскаго гражд. права (ср. напр. Эндеманъ: «Lehrbuch» (8 изд.) т. I, стр. 907 и въ особенности Eneccerus: «Lehrb.» II, § 323). За послѣдніе годы въ нѣмецкой литературѣ появился рядъ спеціальныхъ изслѣдованій, посвященныхъ этой проблемѣ, изъ коихъ самое обширное и подробное принадлежитъ перу фрейбургскаго приватъ-доцента Höniger (см. выше). Пока вышла только первая общая часть этого труда, обнимающая свыше 400 страницъ. Изъ раньше появившихся изслѣдованій мы отмѣтимъ Regelsberger: «Vertrag mit zusamengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen» въ Jahrb. für Dogm. Bd. 48 (1904) стр. 453 сл., Blociszewsky «Die Vermengung von Vertragstypen» Leipzig, Diss. 1905 и диссертацію того-же Höniger'а «Vorstudienzum Problem der gemischten Verträge», Freiburg 1906. Позднѣе книги Генигера появилась статья Otto Schreiber въ Jahrb. für Dogm. Bd. 60 (1911): «Gemischte Verträge im Reichschuldrecht». Въ нашей литературѣ вопросъ, насколько намъ извѣстно, затронутъ лишь въ книгѣ бар. А. А. Симолина: «Договоръ промыслового ученичества», Казань (1910), стр. 260 и сл., въ его рѣчи на диспутѣ (см. Право 1911 г., № 47), и вскользь въ нашей статьѣ: «Договоръ довѣренности или порученія въ проектѣ гражд. улож.». Спб. 1911.

ликомъ ни въ одинъ изъ законныхъ типовъ, часто оказываются состоящими изъ элементовъ, входящихъ въ составъ *разныхъ* договорныхъ типовъ, закономъ регулированныхъ Нанимается напр. комната съ услугами и съ обѣдомъ, пассажиръ въ видѣ платы за перевозку на кораблѣ обѣщаетъ исполненіе извѣстныхъ услугъ во время плаванія и т. п.

Иногда соглашеніе обнимаетъ нѣсколько договоровъ въ полномъ составѣ, является сочетаніемъ нѣсколькихъ типовъ, образуя, однако, по мысли контрагентовъ одно неразрывное цѣлое. Иногда изъ состава различныхъ договоровъ выхватываются лишь отдѣльныя типичные для нихъ элементы и объединяются въ одинъ договоръ. Смѣшеніе можетъ касаться обязанностей только одной стороны. Напр. продавецъ участка обязуется, кромѣ его передачи, къ возведенію на немъ какихъ нибудь сооруженій изъ матеріаловъ покупщика. Покупщикъ вещи обязуется доставить ее за свой счетъ какому нибудь третьему лицу и т. ц. Или-же разнообразные элементы распредѣляются такимъ образомъ, что стороны обѣщаютъ *другъ другу* дѣйствія, относящіяся къ различнымъ договорнымъ типамъ. Управляющій домомъ напр. или швейцаръ за свою службу получаютъ кромѣ вознагражденія квартиру. Участокъ земли отдается въ аренду съ тѣмъ, чтобы арендаторъ вмѣсто платы возвелъ на немъ зданія или проложилъ дорогу. Изъ участниковъ товарищества одинъ обязуется предоставить для общаго дѣла помѣщеніе, другой нести опредѣленный трудъ, третій внести сумму денегъ и т. д. Такихъ договоровъ съ комбинированнымъ или смѣшаннымъ составомъ въ практической жизни встрѣчается несмѣтное количество и тутъ возникаетъ таже проблема, какъ при нерегулированныхъ договорныхъ типахъ: какъ опредѣлить ихъ юридическую природу и какія примѣнить къ нимъ правовыя положенія?

Долгое время юристы не удѣляли имъ особеннаго вниманія, а ограничивались повтореніемъ изреченій, извлеченныхъ ими изъ римскихъ источниковъ. Между тѣмъ самый вопросъ въ Римѣ ставился совершенно иначе, чѣмъ въ современномъ правѣ. Тамъ, въ случаѣ

сомнѣній въ закономѣрности того или другого притязанія, прежде всего возникалъ формальный вопросъ: an sit actio, quid veniat in actionem, т. е. можно ли его подвести подъ какую нибудь исковую формулу и подъ какую именно? При обѣщаніи разнотипныхъ дѣйствій оставался только одинъ выходъ: придавать одному изъ нихъ рѣшающее значеніе и имъ руководствоваться при выборѣ actio. Такъ напр. въ отчужденіи предмета, изготовляемаго изъ собственнаго матеріала продавца видѣли «скорѣе куплю-продажу, чѣмъ подрядъ» и наоборотъ— въ обѣщаніи изготовить вещь изъ матеріаловъ заказчика locatio conductio [1]). Кому нибудь поручено отдать вещь на храненіе третьему лицу, а, если оно ея не приметъ, хранить ее самому. Указанное лицо отъ принятія вещи отказалось. Ульпіанъ даетъ собственнику вещи actio mandati, а не depositi, «потому что тутъ на первомъ планѣ стоитъ порученіе и указаніе охранять вещь, а не отдача ея на храненіе» [2]). Практическій выводъ отсюда тотъ, что *всѣ* вытекавшія изъ такихъ сдѣлокъ притязанія защищались посредствомъ actio venditi, locati, mandati и т. д., хотя бы они были совершенно чужды договорному типу, которому соотвѣтствовалъ данный искъ. Проданы напр. камни изъ опредѣленнаго участка, съ тѣмъ, чтобы покупщикъ ихъ оттуда вывезъ. Когда онъ уклоняется отъ вывозки, къ нему можетъ быть предъявлена actio venditi [3]). Иногда изъ от-

[1]) Dig. XIX, 2, l. 2, § 2: «Si cum aurifice mihi cönvenerit, ut is ex auro suo anulos faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit».

[2]) Dig. XVI, 3, l. 1, § 12: Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires. nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens ei custodiae legem», Ср. также § 13 ...«magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.

[3]) Dig. XIX, 1, l. 9: »Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat». Ср. ibid. l. 6, § 1: «Si venditi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex venditi, ut reficias: si auten hoc solum, ut reficeres eam, convenisset, non intellegitur emptio et venditio facta, ut et Neratius scripsit». § 2: Sed si

дѣльныхъ элементовъ нельзя было выкраивать ни одного изъ такъ наз. contractus nominati, напр. когда при куплѣ или арендѣ вмѣсто денегъ была обѣщана плата въ видѣ исполненія какихъ нибудь услугъ. Въ этихъ случаяхъ [1]), а также тогда, когда трудно было рѣшить, какое изъ обѣщанныхъ дѣйствій имѣетъ преобладающее значеніе [2]), прибѣгали къ actio praescriptis verbis. Такимъ образомъ римскіе юристы, хотя, повидимому, не безъ колебаній и разногласій [3]), склонялись къ такому рѣшенію, что, разъ смѣшанный договоръ представлялъ одно цѣлое (unum negotium), всѣ вытекавшія изъ него притязанія — типичныя и нетипичныя — могли осуществляться искомъ [4]), соотвѣтствовавшимъ преобладающему элементу въ составѣ договора.

Не трудно однако видѣть, что въ этомъ еще не заключается разрѣшеніе проблемы. Вѣдь положенія, касающіяся главнаго договорнаго типа не содержатъ нормъ относительно нетипичныхъ элементовъ въ составѣ

areani tibi vendidi certo pretio et tradidi, ita ut insula aedificata partem dimidiam mihi retardas, verum est et ut aedifices agere me posse ex vendito et ut aedificatam mihi retradas». Ср. также Dig. XVIII, 1, 1. 79.

[1]) Dig XIX, 5, 1. 17, § 3: Si cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est». Ibid. 1. 5, § 1: «...pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio», XVI, 3, 1. 1, § 9: «...si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur praescriptis verbis datur actio. Другіе примѣры см. Kohler въ Arch. für bürg. Recht, Bd. XIII, стр. 276 сл., Regelsberger ук. сочиненіе.

[2]) Dig. XIX, 5, 1. 1, § 1: «Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit». Ср. также, XIX, 3, 1. 1.

[3]) См. напр. разногласіе между Кассіемъ Лонгиномъ и Помпоніемъ въ Instit. III, 24, § 4 и Dig. XVI, 3, 1. 1, § 12, между Лабеономъ и Требаціемъ съ одной и Яволеномъ съ другой стороны въ Dig. XVIII, 1, 1. 79.

[4]) Какъ далеко въ этомъ отношеніи заходили римскіе юристы, явствуетъ изъ Dig. XIX, 1, 1. 13, § 30. Продавецъ недвижимости выговорилъ сохраненіе въ силѣ раньше заключеннаго имъ арендного договора до истеченія срока. Въ случаѣ нарушенія этого договора со стороны новаго пріобрѣтателя продавецъ имѣетъ къ нему a. venditi. Если же арендаторъ причинитъ покупщику какіе нибудь убытки, послѣднему дается a. empti противъ продавца: ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat т. е. о ликвидаціи продавцомъ посредствомъ иска къ арендатору причиненныхъ покупщику убытковъ и объ обращеніи взыскиваемой суммы въ пользу послѣдняго.

смѣшанной сдѣлки. Въ постановленіяхъ о мандатѣ напр. нельзя найти указаній относительно отвѣтственности хранителя ввѣренной вещи, въ постановленіяхъ о куплѣ-продажѣ — объ обязанности къ совершенію тѣхъ или другихъ работъ и т. под. Гдѣ же искать этихъ указаній? Для римскихъ юристовъ этого вопроса, какъ будто не существовало вовсе. Разъ найденъ формальный щитъ въ видѣ опредѣленной actio, остальное т. е. разрѣшеніе матеріально-правовыхъ вопросовъ уже составляло officium judicis и происходило по общимъ началамъ объ интерпретаціи, о которыхъ мы говорили выше. Когда ни въ договорѣ, ни въ законѣ, ни въ обычномъ правѣ нельзя было найти подходящаго отвѣта, правовыя послѣдствія сдѣлки опредѣлялись по воззрѣніямъ оборота [1]). Возникъ напр. вопросъ, отвѣчаютъ-ли владѣльцы безопасныхъ амбаровъ (horrearii), въ которыхъ за извѣстное вознагражденіе складывались чужія вещи, за цѣлость этихъ вещей. Юристы и императоры разрѣшили его согласно съ воззрѣніями оборота такъ, что horrearii и locatores horreorum обязаны держать сторожей, но за послѣдствія vis major и, въ частности, за нападенія разбойниковъ они не несутъ отвѣтственности [2]). При этомъ имъ даже не приходитъ на умъ ссылаться на положенія о depositum, хотя custodia rerum составляетъ типичный элементъ этого договора и въ конституціи Антонина, трактующей объ этомъ предметѣ даже употребляется выраженіе: res in horreo depositae.

Въ одномъ случаѣ однако такое рѣшеніе вопроса должно было оказаться неудовлетворительнымъ, а именно когда въ составъ смѣшанныхъ договоровъ входилъ элементъ даренія. Оно подлежало въ Римѣ извѣстнымъ ограниченіямъ, несоблюденіе которыхъ влекло за собою

---

[1]) Ср. Dig. I, 3, l. 32 и Schneider: «Treu und Glauben» § 6.

[2]) Dig. XIX, 2, l. 55 pr. (Paulus): «Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur nisi custodiam eorum recepit». C. IV, 65, C. 1 (Atnonius) Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illaesis horrcis, perierit, damnum deporitarum rerum sareiri debet. Остальныя относящіяся сюда мѣста источниковъ собраны у Iacoby: «Die rechtliche Natur des Safegeschäftes» (Leipzig 1908), и въ ук. соч. Шрейбера, стр. 126.

недѣйствительность сдѣлки. Римскихъ юристовъ очень занималъ и затруднялъ вопросъ, составляетъ ли такое negotium mixtum cum donatione единую или сложную сдѣлку и въ какой мѣрѣ постановленія о недѣйствительности даренія къ ней примѣнимы. Но они не выработали общаго принципа и при разрѣшеніи отдѣльныхъ казусовъ колеблются и расходятся во взглядахъ. Эти разногласія перешли затѣмъ въ современную литературу [1]). Съ одной стороны сдѣлка, заключенная исключительно donationis causa признается подлежащей всѣмъ законнымъ ограниченіямъ, для дарственныхъ актовъ установленнымъ, хотя-бы она и представляла собою договоръ другого типа, напр. наемъ [2]), товарищество [3]), куплю-продажу [4]) Съ другой стороны рекомендуется различать случаи, когда дарственный актъ можетъ быть отдѣленъ отъ остальныхъ частей сдѣлки и когда это невозможно. Въ первомъ случаѣ дареніе признается недѣйствительнымъ [5]), остальное остается въ силѣ, во второмъ—одни юристы склонялись къ признанію всей сдѣлки дѣйствительною, другіе наоборотъ считали сдѣлку всю недѣйствительною [6]).

Мы уже указывали, что современные юристы до послѣдняго времени, не считаясь съ особенностями римской постановки вопроса и римскаго представленія объ actio, также разрѣшали проблему о смѣшанныхъ договорахъ въ смыслѣ ихъ подведеведенія подъ начала о преобладающемъ типѣ, хотя при

---

[1]) Обзоръ источниковъ и литературы см. у Lammfromm: «Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag» (1897) § 26 сл., Koeppen: »Das negotium mitum cum donatione» (Diss. Berlin 1901), Müller: «Die gemischte Schenkung» въ Jahrb. für Dog. т. 48 (1904) стр. 209 сл.

[2]) Dig. XXIV, 1, l. 52: «Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est».

[3]) Ibid. l. XXXII, § 24: «Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit iure vulgato nulla est».

[4]) Dig. XVIII, 1, l. 38:.....«inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est».

[5]) Dig. XXIV, 1, l. 5, § 2: «Generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere: quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem imperdiri, si separari possit cetera valere, id quod donatum sit non valere». Ср. также ibid. l. 31, § 4.

[6]) См. Lammfromm ук. соч. § 28, Koeppen ук. соч. стр. 32 сл.

этомъ матеріально-правовая сторона вопроса въ сущности остается открытою. Еще одинъ изъ новѣйшихъ писателей, Лотмаръ [1]), разбирая вопросъ о природѣ договоровъ, въ составъ которыхъ, на ряду съ обѣщаніемъ работы, входятъ элементы другихъ договорныхъ типовъ, высказывается за поглощеніе (Absorption) побочныхъ элементовъ преобладающими. Онъ отвергаетъ допустимость какъ куммулированія правовыхъ послѣдствій, такъ и ихъ комбинированія, перваго—потому, что договоръ, въ которомъ всѣ элементы тѣсно связаны между собою, представляетъ единое цѣлое, второго—потому что оно не имѣетъ почвы въ законѣ. Критеріемъ для различенія поглощающаго отъ поглощаемаго (главнаго отъ побочнаго) дѣйствія онъ считаетъ то обстоятельство, что второе служитъ лишь средствомъ или воспособленіемъ для осуществленія перваго и не имѣетъ самостоятельнаго значенія [2]).

Критическій разборъ этой теоріи, произведенный Генигеромъ [3]), убѣдительно доказалъ ея неудовлетворительность и несостоятельность всякой вообще попытки дѣлить юридическій составъ договора на главные и побочные элементы. Для сторонъ, устанавливающихъ извѣстныя обязательства, существенно, чтобы они исполнялись, независимо отъ того, насколько они типичны или нетипичны для подобнаго рода соглашеній. Вопросъ, какія изъ нихъ субъективно болѣе, какіе менѣе существенны, нельзя рѣшать технически. Почему напр., какъ это дѣлаетъ Лотмаръ, предположить, что при наймѣ квартиры со столомъ, отопленіемъ и услугами, ѣда и прочее составляютъ нѣчто побочное и второстепенное по сравненію съ жильемъ? Не показываетъ-ли наоборотъ опытъ, что часто ради нихъ мирятся съ

---

1) Lotmar: Arbeitsvertrag I Abschn. 4 Kap.

2) Ср. также Enneccerus указ. соч. § 323 (стр. 269): a) «wenn jene Leistung dem Hauptzwecke des Vertrages gegenüber als Nebenleistung erscheint»..., b) «wenn sie für sich allein nicht in Betracht kommt, sondern nur die Hauptleistung ermöglicht oder fördert, sich also nur als Mittel zu deren Bewirkung darstellt».

3) Höniger, Grundformen, стр. 110 сл., 360 сл. Ср. также бар. Симолинъ, ук. соч. стр. 262 сл.

неудобною и малоудовлетворительною комнатою? Кромѣ того—постановленія о наймѣ по существу непримѣнимы къ указаннымъ «побочнымъ» обязанностямъ. Слѣдовательно различать элементы главные и побочные, поглощающіе и поглощаемые и практически совершенно безцѣльно [1]). Этимъ не разрѣшается вопросъ, какія правовыя послѣдствія связаны съ такъ наз. побочными элементами и какъ быть, когда они не согласуются съ послѣдствіями главныхъ элементовъ. Лотмару самому пришлось посвятить особый отдѣлъ своей книги «комбинированнымъ договорамъ о трудѣ», и изыскивать пути для согласованія ихъ правовыхъ послѣдствій.

Генигеръ рѣшительно высказывается противъ теоріи поглощенія и въ пользу «комбинированія» относящихъ къ различнымъ договорнымъ типамъ положеній закона, т. е. подчиненія ихъ примѣненія единому принципу. Однако уже Густавъ Рюмелинъ [2]), встрѣтившійся съ проблемою о смѣшанныхъ договорахъ, также какъ Лотмаръ, при изслѣдованіи трудовыхъ сдѣлокъ, обратилъ вниманіе на то, что для проведенія этой системы требуется обширная подготовительная работа. Въ своемъ изслѣдованіи онъ разбираетъ отдѣльные элементы, входящіе въ составъ законныхъ типовъ найма услугъ и подряда по германскому уложенію, и доказываетъ возможность включенія элементовъ одного въ составъ другого. Въ заключеніе Рюмелинъ ставитъ общій вопросъ объ условіяхъ примѣненія нормъ, касающихся опредѣленнаго договорнаго типа, къ сдѣлкамъ, не укладывающимся въ этотъ типъ. Извѣстный фактическій составъ и опредѣленныя правовыя послѣдствія иногда свойственны только одному обязательственному договору, иногда же они повторяются и тогда ихъ обоб-

---

[1]) Уже Blociszewsky (ук. соч. стр. 42, прим. 1), отстаивая необходимость различать въ составѣ смѣшанныхъ договоровъ элементы «главныхъ и побочныхъ типовъ», оговаривается: «Nur da, wo der Zweck des ganzen Rechtsgeschäfts sonst in Frage gestellt würde, kann man unter Umständen auch sogar die Regeln des Nebentyps die Oberhand gewinnen lassen». Тѣмъ самымъ авторъ незамѣтно замѣняетъ защищаемый имъ принципъ поглощенія другимъ принципомъ: примѣненія нормъ, наиболѣе соотвѣтствующихъ цѣли договора.

[2]) Gustav Rümelin: «Dinstvertrag und Werkvertrag», Tüb. 1905.

щеніе и сочетаніе могутъ оказаться цѣнными. «Мнѣ рисуется, говоритъ авторъ (стр. 320), такое обозрѣніе релевантныхъ элементовъ фактическихъ составовъ и связанныхъ съ ними правовыхъ послѣдствій, при которомъ выясняется въ отдѣльности (im Einzelnen), въ какомъ смыслѣ и по какому основанію между этими элементами и отдѣльными послѣдствіями существуетъ связь. Такое изслѣдованіе могло бы вести къ расширенію общей части обязательственнаго права или по крайней мѣрѣ къ установленію ряда общихъ положеній для опредѣленныхъ областей.

Тщательное изученіе функцій и значенія отдѣльныхъ частей, входящихъ въ составъ такихъ сложныхъ формацій (Gestaltungen), и опредѣленіе возможныхъ комбинацій ихъ элементовъ и правовыхъ послѣдствій значительно приблизило бы насъ также къ разрѣшенію проблемы о сдѣлкахъ, обнимающихъ обѣщаніе нѣсколькихъ дѣйствій, относящихся къ различнымъ категоріямъ договоровъ».

Въ приведенныхъ словахъ Рюмелина намѣчена цѣлая, обширная програма расчлененія договорныхъ типовъ съ цѣлью установленія ряда болѣе общихъ положеній, обнимающихъ явленія, выходящія за предѣлы отдѣльныхъ категорій [1]).

За осуществленіе намѣченной Рюмелиномъ задачи мужественно взялся Генигеръ въ указанномъ нами выше сочиненіи. Но онъ тотчасъ же встрѣтился съ необходимостью какъ нибудь классифицировать возможныя комбинаціи договорныхъ элементовъ въ виду ихъ чрезвычайнаго многообразія. Хотя онъ и ограничилъ предѣлы своего изслѣдованія тѣми элементами, о которыхъ упоминается въ особенной части германскаго гражданскаго уложенія, вся почти первая часть работы посвящена этой предварительной работѣ, т. е. группировкѣ и выясненію основныхъ формъ смѣшанныхъ догово-

---

[1]) Hedemann въ одномъ изъ своихъ обзоровъ цивилистической литературы (Arch. für bürg Recht. т. 27, стр. 343), даже отмѣчаетъ общую тенденцію современной юриспруденціи къ разрушенію договорныхъ типовъ и къ выработкѣ общихъ понятій.

ровъ. Догматическому анализу Генигеръ подвергаетъ пока только элементы возмездности, взаимности (синаллагмы) и общенія (товарищества). Онъ обстоятельно доказываетъ, что сущность и значеніе этихъ договорныхъ элементовъ не зависятъ ни отъ того, въ какомъ сочетаніи мы ихъ встрѣчаемъ, ни отъ характера и предмета обѣщанныхъ дѣйствій, а остаются повсюду одними и тѣми же.

Попутно авторъ намѣчаетъ основной *методологическій* принципъ, котораго по его мнѣнію слѣдуетъ держаться при комбинированіи законодательныхъ нормъ, касающихся разнотипныхъ элементовъ договора (§ 8). Онъ заключается въ соизмѣреніи этихъ нормъ съ тѣмъ значеніемъ, какое въ составѣ договора имѣетъ предусмотрѣнный ими элементъ, другими словами—въ примѣненіи ихъ не цѣликомъ, а «по соразмѣрности», постепенно (Prinzip der abgestuften Beurteilung). Когда напр. договоръ является на половину дареніемъ, на половину возмезднымъ отчужденіемъ, отвѣтственность отчуждателя имѣетъ мѣсто не при наличности легкой или грубой вины, а «средней». Такимъ-же образомъ въ этихъ случаяхъ соизмѣряется объемъ вознаграждаемыхъ убытковъ—(не прямые только и не прямые и косвенные, а среднія между ними), степень неблагодарности, могущей служить поводомъ для отмѣны даренія, отвѣтственность за недостатки вещи и т. д. Такой способъ разрѣшенія вопроса Генигеръ не только рекомендуетъ de lege ferenda; онъ признаетъ даже возможность его проведенія de lege lata.

Тщательный анализъ понятій взаимности, возмездности и товарищества, произведенный Генигеромъ, составляетъ цѣнное обогащеніе юридической науки. Но воздвигнутый имъ «принципъ соразмѣрности» (Prinzip der abgestuften Beurteilung) вызываетъ недоумѣнія, разрѣшеніе которыхъ приходится ждать отъ продолженія предпринятой имъ работы. Въ самомъ дѣлѣ какъ примѣнять этотъ принципъ, когда нормы закона не поддаются количественному измѣренію или измѣненію, или когда они другъ друга исключаютъ, напр. къ требованію о соблюденіи опредѣленной формы сдѣлки

или опредѣленнаго взаимоотношенія между обѣщанными дѣйствіями? При личномъ наймѣ напр. вознагражденіе платится послѣ исполненія работы, при куплѣ-продажѣ плата вносится одновременно съ исполненіемъ (Zug um Zug). Тотъ-же вопросъ возникаетъ, когда правовое послѣдствіе наступаетъ лишь при наличности точно указанныхъ въ законѣ фактовъ (напр. въ случаѣ смерти или несостоятельности одной изъ сторонъ при договорѣ поклажи). Но, независимо отъ этого: какимъ образомъ на почвѣ дѣйствующаго права судьѣ въ гражданскомъ дѣлѣ можетъ быть предоставлено право мѣнять содержаніе законодательныхъ нормъ, сообразно съ конкретными обстоятельствами? На немъ лежитъ обязанность примѣнять законъ, толковать его, рѣшать вопросъ о возможности подведенія подъ него даннаго случая. Принципъ соразмѣрности неминуемо приводитъ къ такому расширенію независимости судьи отъ закона, котораго обосновывать на дѣйствующемъ правѣ невозможно.

Генигеръ противъ этого возражаетъ, что судьѣ и теперь принадлежитъ право оцѣнки и взвѣшиванія конкретныхъ обстоятельствъ при ихъ подведеніи подъ указанные въ законѣ масштабы и что «постепенность» (Abstufung) примѣненія послѣднихъ не противорѣчитъ буквѣ закона, а только «представленіямъ автора закона» (стр. 313). Но тутъ кроется явное недоразумѣніе. Когда въ законѣ установлены опредѣленные масштабы, какъ грубая и легкая вина, vis major, грубая неблагодарность, скрытые недостатки, судьѣ дано право по совѣсти рѣшить: принадлежитъ ли данный конкретный составъ къ тѣмъ случаямъ, къ которымъ они должны примѣняться. На этотъ вопросъ очевидно можно только отвѣтить: да или нѣтъ. Если да, законъ примѣняется, если нѣтъ, законъ не прмѣняется и судья долженъ найти другую, соотвѣтствующую данному случаю, норму дѣйствующаго права. Связывать отвѣтственность съ наличностью «средней» вины, «умѣренной» неблагодарности, «слегка скрытыхъ» недостатковъ или присудить къ возмѣщенію «части» косвенныхъ убытковъ, вовсе не значитъ примѣнить законъ о легкой или

грубой винѣ и т. д., а значитъ руководствоваться другими нормами, неизвѣстно откуда взятыми.

Теорія смѣшанныхъ договоровъ такимъ образомъ нуждается, еще въ дальнѣйшей разработкѣ. Пока-же видѣть въ ней средство для разрѣшенія проблемы о нерегулированныхъ договорахъ, какъ это дѣлаетъ Крюкманъ [1]), по меньшей мѣрѣ преждевременно. Генигеръ самъ гораздо скромнѣе опредѣляетъ ожидаемую отъ нея пользу. «Для насъ смѣшанный договоръ лишь новая комбинація фактическихъ составовъ, которые безъ сомнѣнія могутъ быть подводимы, хотя и въ иномъ сочетаніи, подъ регулированные фактическіе составы» (стр. 333). Рѣчь слѣдовательно идетъ только о новомъ техническомъ пріемѣ примѣненія положеній закона къ случаямъ, прямо ими не предусмотрѣнными.

Въ литературѣ уже высказывались небезосновательныя, какъ намъ кажется, сомнѣнія въ цѣлесообразности и необходимости обособленія проблемы о смѣшанныхъ договорахъ отъ общей проблемы объ отношеніи права къ нерегулированнымъ договорнымъ типамъ и объ интерпретаціи закона. Такъ напр Meerscheidt Hüllessem [2]) рѣшительно возстаетъ противъ механическаго подведенія договоровъ, обнимающихъ элементы отчасти одного, отчасти другого типа, подъ положенія закона, установленныя для этихъ типовъ. «Такой договоръ, говоритъ онъ, не можетъ быть отнесенъ ни къ тому, ни къ другому типу, а представляетъ собою contractus sui generis, которому свойственны черты различныхъ законныхъ типовъ». Въ такихъ случаяхъ, по его мнѣнію, «необходимо провѣрить, соотвѣтствуетъ-ли подведеніе сдѣлки подъ данное законоположеніе цѣли закона, совмѣстимо ли оно съ особенностями (Eigenart) всего договора, или же, наоборотъ, уже изъ послѣднихъ должны быть выведены особыя правовыя послѣдствія отдѣльныхъ элементовъ

---

[1]) Krückmann въ Seuffert's Blätter für Rechtswiss, т. 74, стр. 116: Wer Mischverträge anerkennt, kommt schlechterdings nie in Verlegenheit.

[2]) Meerscheidt-Hüllessen: «Gemischte Verträge und Verträge eigener Art» въ Deutsche Juristenzeit. 1910, № 15, стр. 88 сл.

въ его составѣ», соотвѣтствующія интересамъ контрагентовъ и воззрѣніямъ оборота.

Болѣе подробно туже мысль развиваетъ Шрейберъ въ приведенной выше (стр. 413 прим. 2) статьѣ. Онъ вмѣстѣ съ Генигеромъ отклоняетъ принцип поглощенія, какъ «мертвящій юридическій шаблонъ», перенесенный въ матеріальное право изъ римскаго процесса. Но онъ не соглашается также съ комбинированіемъ и, въ частности, съ принципомъ соразмѣрнаго примѣненія правовыхъ нормъ. Шрейберъ признаетъ, что отдѣльныя постановленія особенной части обязательственнаго права по обнимаемому ими кругу явленій отнюдь не всегда совпадаютъ съ составомъ, предусмотрѣннымъ легальнымъ опредѣленіемъ даннаго договора. Соображенія, коими эти постановленія вызваны, могутъ быть приложимы не ко всѣмъ случаямъ, подходящимъ подъ опредѣленіе закона [1]). И наоборотъ: то или другое постановленіе по существу можетъ имѣть характеръ и значеніе болѣе общаго положенія, хотя оно и высказано по поводу опредѣленнаго договора. Въ такомъ случаѣ оно фактически приближается къ положеніямъ общей части обязательственнаго (или вообще гражданскаго) права [2]). Постановленія закона расчитаны на извѣстное «состояніе интересовъ» (Interessenlage), которое можетъ встрѣчаться либо только въ предѣлахъ даннаго договорнаго типа, либо также внѣ его предѣловъ. Но совершенно недопустимо смотрѣть на отдѣльное положеніе закона, какъ на количественную величину, входящую въ общую сумму нормъ, установленныхъ для опредѣленнаго договора и поддающуюся увеличенію или уменьшенію, когда она входитъ въ составъ другого комплекта нормъ. «Совокупность нормъ, касающихся договорнаго типа, не сумма, а организмъ; каждый членъ

---

[1]) Примѣромъ изъ нашихъ гражданскихъ законовъ могутъ служить ст.ст. 2229 и 2230, безспорно не приложимыя ко всѣмъ случаямъ личнаго найма, подходящимъ подъ ст. 2201.

[2]) Въ нашемъ сводѣ гражд. законовъ такихъ нормъ очень много. Въ видѣ примѣра можно указать на положенія о довѣренности (ст. 2291 и сл.), изложенныя въ раздѣлѣ «объ обязательствахъ личныхъ по договорамъ въ особенности», но содержащія рядъ общихъ началъ о полномочіи и представительствѣ.

его, взятый отдѣльно отъ цѣлаго, представляетъ нѣчто совершенно отличное отъ него и самостоятельное, также какъ члены человѣческагс организма».

Къ смѣшаннымъ договорамъ, по мнѣнію Шрейбера, должны прежде всего примѣняться общія начала обязательственнаго права. Постановленія-жэ, касающіяся особыхъ видовъ, примѣняются къ нимъ на общемъ основаніи, по правиламъ объ аналогіи. Другими словами— къ смѣшаннымъ договорамъ слѣдуетъ относиться также, какъ къ другимъ сдѣлкамъ, прямо закономъ не предусмотрѣннымъ.

Объ аналогіи, какъ способѣ примѣненія постановленій закона къ смѣшаннымъ договорамъ, говоритъ также Генигеръ. Но «типичный пріемъ» аналогіи, по его мнѣнію, состоитъ «въ сведеніи подводимаго фактическаго состава и состава предусмотрѣннаго закономъ къ общему понятію». Задача-же толкователя тогда заключается въ томъ, опредѣлить, связаны-ли отдѣльныя нормы закона съ специфическими моментами законнаго состава, или-же они примѣнимы къ болѣе общему понятію, подъ которое подходитъ также данный нерегулированный составъ (210 стр.). Шрейберъ съ такимъ пониманіемъ аналогіи не соглашаеття. Опредѣленіе «болѣе общаго состава», говоритъ онъ, чревато ошибками и опасностями и вовсе не входитъ въ задачи судьи. Послѣдній обязанъ взвѣшпвать, совпадаетъ ли «состояніе интересовъ» въ данномъ конкретномъ случаѣ съ тѣмъ, который предусматривается закономъ, и лежитъ-ли данный случай въ плоскости цѣлей, преслѣдуемыхъ закономъ. Только при наличности такого совпаденія можетъ имѣть мѣсто аналогія, а не при частичномъ сходствѣ фактическихъ составовъ (стр. 213).

Попытаемся теперь, послѣ бѣглаго обзора различныхъ взглядовъ и направленій опредѣлить отношеніе положительнаго права къ нерегулированнымъ договорамъ.

Что такія сдѣлки возможны и что не только соглашенія, совершенныя въ предусмотрѣнныхъ закономъ формахъ, имѣютъ юридическую силу и влекутъ за со-

бою правовыя послѣдствія, это не подлежитъ сомнѣнію. Вопросъ заключается только въ томъ, каковы эти послѣдствія, чѣмъ опредѣляются права и обязанности сторонъ, договоромъ не предусмотрѣнныя.

Изъ сказаннаго нами выше уже явствуетъ, что мы не можемъ искать отвѣта на этотъ вопросъ ни въ теоріи логической законченности позитивнаго права, ни въ «свободномъ» судейскомъ правотворчествѣ. Первая составляетъ фикцію, опровергаемую опытомъ жизни. Толкованіе не можетъ извлекать изъ закона того, чего въ немъ нѣтъ. Формулированное право составляетъ плодъ историческаго развитія и, какъ ни расширять или развивать содержащихся въ немъ правовыхъ понятій и началъ, дѣйствіе его не можетъ быть безграничнымъ. Есть предѣлъ, за которымъ подведеніе конкретнаго случая подъ норму закона становится или насиліемъ надъ бытовыми отношеніями или примѣненіемъ совершенно новаго положенія, прикрытымъ лишь для видимости ссылкою на законъ.

Судейское правотворчество, какъ мы видѣли, даже самыми крайними его апологетами мыслится какъ «правонахожденіе». Но они настаиваютъ на предоставленіи судьѣ полномочія самому опредѣлять источникъ, откуда имъ можетъ быть черпаема соотвѣтствующая данному случаю норма права, «находить» эту норму. Мы не будемъ входить въ обсужденіе вопроса, осуществимо-ли это требованіе въ государствахъ съ давно уже окрѣпшимъ правовымъ строемъ, у народовъ, достигшихъ высокой ступени общей и правовой культуры наученныхъ долголѣтнимъ опытомъ смотрѣть на законъ, какъ на выраженіе общей воли, уважать его и дорожить стоящимъ на его стражѣ независимымъ и нелицепріятнымъ судомъ. Но одно намъ кажется безспорнымъ: гдѣ уваженіе къ правовому порядку еще не вошло достаточно глубоко въ общественное сознаніе, гдѣ великое значеніе незыблемости и ненарушимости закона не понято въ должной мѣрѣ ни широкими массами населенія, ни исполнительными органами государства, гдѣ еще неупрочилось въ достаточной степени положеніе суда, какъ органа власти, подчиненнаго одному только

закону, тамъ до надѣленія судей полномочіями законодателя предстоитъ еще пройти длинный путь, долгій періодъ гражданскаго воспитанія. Чѣмъ тѣснѣе при отсутствіи этихъ гарантій предѣлы субъективнаго усмотрѣнія по вопросу о томъ, что считать дѣйствующимъ правомъ, тѣмъ больше можетъ быть увѣренность въ существованіи прочнаго, общеобязательнаго—хотя бы и несовершеннаго—правопорядка.

Путь къ «свободному» судейскому правотворчеству, если мы вообще должны къ нему стремиться, лежитъ черезъ *законопослушаніе*. Оно обязываетъ судью и гражданъ на всѣ вопросы, не разрѣшенные соглашеніемъ сторонъ, искать отвѣта прежде всего въ законѣ,—и не только въ его прямыхъ указаніяхъ, въ его формулированныхъ велѣніяхъ и запретахъ, а вообще въ заложенныхъ въ немъ представленіяхъ и началахъ о должномъ поведеніи гражданъ, добываемыхъ посредствомъ толкованія.

Но тогда возникаетъ уже затронутый нами вопросъ: на какомъ основаніи и въ какихъ предѣлахъ для сторонъ, при существованіи договорной свободы, обязательны представленія закона о должномъ поведеніи? Мы не будемъ входить въ подробности, относящіяся къ ученію о толкованіи сдѣлокъ. Замѣтимъ только, что для отвѣта на этотъ вопросъ необходимо имѣть въ виду слѣдующее: въ составѣ договора слѣдуетъ различать три элемента—объективный результатъ, на который направлены намѣренія сторонъ или ближайшую цѣль соглашенія [1]), извѣстный комплексъ правъ и обязанностей, и тѣ предположенія или условія, съ которыми связано ихъ возникновеніе. Результатъ сдѣлки состоитъ въ

---

[1]) Бехманъ, Der Kauf т. I, ч. 1, § 101 и сл., говоритъ въ томъ-же смыслѣ объ «эмпирическомъ намѣреніи», подразумѣвая подъ нимъ направленіе воли сторонъ на опредѣленный типичный результатъ безотносительно къ тому, совпадаетъ-ли онъ съ «санкціонировымъ правовымъ эффектомъ» сдѣлки или нѣтъ. Ср. также Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg въ Jahrb. f. Dogm. т. 19 (у него подр. литерат. указанія). Цѣль сдѣлки въ указанномъ смыслѣ не совпадаетъ съ «экомической» цѣлью, составляющею—обыкновенно юридически безразличный—мотивъ сдѣлки. По отношенію къ ней измѣненіе правовой сферы, на которое сдѣлка направлена, является лишь средствомъ.

ожидаемомъ сторонами измѣненіи ихъ правовой сферы. Установленный комплексъ правъ и обязанностей мыслится ими, какъ средство для осуществленія этой цѣли.

Представленіе о практическомъ результатѣ сдѣлки и о томъ, что онъ осуществляется указаннымъ путемъ, т. е. возникновеніемъ при наличности извѣстныхъ условій опредѣленныхъ правъ и обязанностей, не можетъ отсутствовать ни въ одной юридической сдѣлкѣ. Но оно можетъ быть неполнымъ, не исчерпывающимъ всего фактическаго состава сдѣлки или недостаточно опредѣленнымъ. Особенно по вопросу о правовыхъ послѣдствіяхъ, связанныхъ, какъ съ предусмотрѣнными, такъ и съ непредусмотрѣнными сторонами обстоятельствами, очень часто могутъ оказаться и фактически оказываются пробѣлы.

Для многочисленныхъ категорій встрѣчающихся въ жизни договоровъ законъ предлагаетъ спеціальную нормировку. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ содержитъ рядъ общихъ положеній, относящихся ко всѣмъ договорамъ или всѣмъ вообще юридическимъ сдѣлкамъ. Законъ при этомъ, также какъ стороны при совершеніи сдѣлокъ, исходитъ изъ представленія объ извѣстномъ измѣненіи правовой сферы сторонъ, какъ эмпирической цѣли сдѣлки, о комплексѣ правъ и обязанностей, какъ средствѣ для его осуществленія, и объ условіяхъ, необходимыхъ для ихъ возникновенія. Но законъ въ отличіе отъ lex contractus преслѣдуетъ не однѣ практическія, а также «культурно-мотиваціонныя» задачи (Петражицкій). Оставивъ извѣстный просторъ для выбора сторонами правовыхъ средствъ, сообразно съ ихъ личными цѣлями и взглядами, онъ въ свою очередь автократически устанавливаетъ нормы о поведеніи сторонъ. Эти нормы имѣютъ то принудительный, то диспозитивный характеръ, но онѣ въ томъ и другомъ случаѣ выражаютъ взглядъ закона на должное поведеніе, на желательный путь къ намѣченной цѣли и претендуетъ на значеніе руководящаго и ненарушимаго правила.

Такимъ образомъ при молчаніи договора т. е., когда изъ его содержанія и изъ всей совокупности конкретныхъ обстоятельствъ не можетъ быть выведено заклю-

ченіе о представленіи самихъ сторонъ о послѣдствіяхъ того или другого юридически релевантнаго обстоятельства, пробѣлъ восполняется нормами закона. Но это дѣлается не въ силу совершенно ненужной фикціи сознательнаго молчаливаго подчиненія сторонъ, а въ силу присущаго закону авторитета или, какъ выражается Д. Д. Гриммъ [1]), свойственнаго людямъ «чувства обязательности подчиненія установившемуся порядку вещей».

Однако не всегда законъ приходитъ на помощь. Нерѣдко мы въ арсеналѣ его нормъ и понятій не находимъ никакихъ данныхъ для разрѣшенія разсматриваемаго нами случая, для восполненія пробѣла въ договорѣ. Измѣненіе правовой сферы, преслѣдуемой сторонами, не принадлежитъ къ «эмпирическимъ цѣлямъ», предусмотрѣннымъ постановленіями закона. Тотъ путь, тѣ правовыя средства, какими стороны хотѣли-бы ее осуществлять, не укладываются безъ натяжки ни въ одно изъ извѣстныхъ закону правовыхъ представленій. Въ этихъ случаяхъ и толкованіе формулированныхъ положеній закона по правиламъ герменевтики, и ихъ примѣненіе по аналогіи, и даже обособленіе отдѣльныхъ элементовъ, рекомендуемое теоріею смѣшанныхъ договоровъ, могутъ не приводить къ желанной цѣли. На одномъ принципѣ законопослушанія тогда не можетъ быть построено положительное разрѣшеніе возникающихъ вопросовъ; онъ явно нуждается въ дополненіи и коррективахъ.

Наука, изучающая дѣйствующее право (догматика права) преслѣдуетъ цѣли и задачи, предуказанныя самою жизнью и связанныя съ функціями и назначеніемъ права въ общежитіи. Въ этомъ смыслѣ она можетъ быть названа практическою или, какъ выражается Штаммлеръ,—цѣлевою наукою [2]). Какъ бы она ни отда-

---

[1]) См. Жур. Мин. Юст. за 1896 г. кн. 6: Къ вопросу о понятіи и источникѣ обязательности юридическихъ нормъ стр. 143. Съ остальными разсужденіями почтеннаго автора мы во многомъ не согласны, особенно съ его опредѣленіемъ юридической нормы, какъ «нормы, возникшей въ признанной органами государственной власти формѣ образованія обязательныхъ нормъ».

[2]) Stammler, Theorie, гл. I, § 5 дѣлитъ науки на Zweckwissenschaft и Naturwissenschaft и причисляетъ науку права къ первой. (Ср. также гл. IV

лялась отъ конкретныхъ явленій жизни въ область отвлеченныхъ построеній и обобщеній, какъ бы она ни углублялась въ сущность и корень изучаемыхъ явленій, она не можетъ утрачивать связи съ жизнью, не уклоняясь въ тоже время отъ поставленныхъ ей задачъ.

Изъ характера догматики права, какъ «цѣлевой науки», на нашъ взглядъ, можетъ и долженъ быть выведенъ методологическій принципъ для разрѣшенія случаевъ, не разрѣшимыхъ на почвѣ законопослушанія [1]). Онъ заключается въ отысканіи наиболѣе *цѣлесообразныхъ* нормъ, въ опредѣленіи того, какое поведеніе людей наиболѣе соотвѣтствуетъ преслѣдуемымъ ими цѣлямъ и въ тоже время представляетъ объективно наиболѣе правильный путь и совершенное средство для достиженія желаннаго измѣненія ихъ правовой сферы. Не слѣдуетъ, однако, думать, что право тутъ играетъ роль «служанки съ короною на челѣ», безпрекословной пособницы и охранительницы частнаго интереса. Масштабомъ должнаго и недолжнаго служитъ не частный интересъ, а установившіяся въ данную эпоху у даннаго народа правовыя воззрѣнія т. е. господствующія представленія о томъ, какого поведенія примѣнительно къ опредѣленной цѣли можно требовать отъ лица, стоящаго на почвѣ права.

Однако и этимъ вопросъ еще окончательно не разрѣшается, такъ какъ мы и тутъ встрѣчаемся съ новымъ, весьма существеннымъ затрудненіемъ. Наблюденіе надъ тѣмъ, что въ жизни фактически совершаатся, не всегда даетъ возможность безошибно и съ увѣренностью опредѣлить норму о должномъ поведеніи. Не всегда люди поступаютъ такъ, какъ они даже по собственному убѣжденію, а тѣмъ болѣе по убѣжденію дру-

---

§ 19). Она обнимаетъ, по его ученію, выясненіе какъ того, чего мы «должны хотѣть», такъ и того, чего мы фактически «хотимъ»: eine wissenschaftliche Feststellung dessen, was wir wollen sollen, eine Lehre von dem Sein gegebener Willensinhalte, eine systematische Behandlung menschlicher Zwecke und Strebungen» (ст. 61).

[1]) Изъ сказаннаго выше уже вытекаетъ, что рѣчь только о восполненіи принципа законопослушанія, точнѣе—неустранимыхъ при его помощи пробѣловъ. Ср. Шершеневичъ, ук. статью, стр. 35 сл.

гихъ, должны поступать. Часто очень трудно сказать, какое воззрѣніе можно считать господствующимъ. Есть множество правовыхъ вопросовъ, гдѣ представленія о должномъ у разныхъ слоевъ и классовъ населенія,—не говоря уже объ отдѣльныхъ лицахъ,—не одинаковы. Тогда примѣненіе судьею воззрѣній одного класса ощущается другимъ, какъ насиліе надъ его правосознаніемъ, какъ «классовая юстиція». Во всѣхъ этихъ случаяхъ нельзя говорить о господствующемъ правовоззрѣніи. Судьѣ или научному изслѣдователю при опредѣленіи дѣйствующаго права силою вещей приходится искать другихъ критеріевъ. Но это не значитъ, что здѣсь начинается область личнаго усмотрѣнія и индивидуальныхъ взглядовъ. Жизнь и тутъ властно указываетъ путь и направленіе, по которымъ должна двигаться мысль ищущаго права.

Народы, какъ всѣ живые организмы, пока они не дряхлѣютъ, не утрачиваютъ своей жизнеспособности, неизмѣнно стремятся къ внутреннему росту, ищутъ лучшихъ формъ жизни, наиболѣе благопріятствующихъ проявленію свойственныхъ имъ творческихъ силъ и удовлетворенію ихъ матеріальныхъ и духовныхъ нуждъ. Стремленіе впередъ предполагаетъ существованіе общей руководящей и направляющей идеи о болѣе совершенныхъ формахъ жизни. При значительномъ разнообразіи и ожесточенной борьбѣ міровоззрѣній и интересовъ, современнику нелегко опредѣлить преобладающій въ данный моментъ общій культурный идеалъ народа или его правовой идеалъ; но таковой несомнѣнно существуетъ. При разрѣшеніи конкретныхъ вопросовъ права эта задача значительно облегчается тѣмъ, что въ каждомъ обществѣ существуетъ извѣстный запасъ уже опредѣлившихся *культурныхъ нормъ*. Подъ ними мы подразумѣваемъ представленія общества о взаимоотношеніяхъ людей, наиболѣе соотвѣтствующихъ требованіямъ и задачамъ, которыя современная культура ставитъ личности и обществу, ихъ стремленію къ лучшимъ формамъ общежитія. Эти нормы могутъ быть въ неодинаковой мѣрѣ усвоены отдѣльными группами населенія; сознательнымъ ихъ носителемъ и проводникомъ

часто бываетъ только наиболѣе культурный слой его. Но они служатъ надежнымъ и вѣрнымъ показателемъ той линіи, того направленія, по которому совершается развитіе народной культуры. Этими культурными нормами намъ и надлежитъ руководствоваться при опредѣленіи нормъ о должномъ—въ правовомъ смыслѣ—поведеніи, о предѣлахъ и содержаніи правъ и обязанностей, вообще о правовыхъ средствахъ для достиженія преслѣдуемой сторонами цѣли, когда таковыя не указаны ни въ договорѣ, ни въ законѣ и когда эти нормы не идутъ въ разрѣзъ съ установившимися въ данной средѣ правовыми воззрѣніями [1]).

Резюмируя все сказанное мы приходимъ къ заключенію, что отысканіе нормъ дѣйствующаго неформулированнаго права должно подчиняться тремъ принципамъ: законопослушанія, цѣлесообразности и наибольшаго соотвѣтствія культурному идеалу. Первый указываетъ на путь логическаго развитія понятій и началъ, содержащихся въ писанномъ правѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ устанавливаетъ отрицательный предѣлъ примѣненія двухъ остальныхъ. Второй и третій возводятъ господствующія въ жизни правовыя воззрѣнія и представленія о высшихъ формахъ культурнаго общежитія въ источники дѣйствующаго права. Они вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ уже мостомъ и переходною ступенью къ его критической оцѣнкѣ и къ выработкѣ лучшихъ болѣе совершенныхъ нормъ.

Мы, конечно, сознаемъ, что предложенный нами методъ очень далекъ отъ совершенства, что онъ нуждается въ тщательной провѣркѣ путемъ приложенія къ

---

[1]) Ernst Mayer, Rechtsnorm und Kulturnorm (Strafr. Abhandl. H. 50), видитъ въ соотвѣтствіи дѣйствующаго права съ культурными нормами критерій обязательности перваго: Die Rechtfertigung des Rechts und insbesondere die Verbindlichkeit der Geset e beruht darauf, dass die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Jndividuum kennt und anerkennt (стр. 16). Съ такимъ положеніемъ невозможно согласиться. Есть законы и обычаи, рѣзко расходящіеся съ нашими представленіями о культурѣ, и тѣмъ не менѣе остающіеся въ силѣ дѣйствующаго права. Вообще при всемъ огромномъ значеніи культурно-мотиваціонной тенденціи толкованія права, ею нельзя оправдывать ни отступленія отъ законопослушанія, ни игнорированія существующихъ правовыхъ воззрѣній.

конкретнымъ задачамъ и въ болѣе детальной разработкѣ. Но онъ представляется намъ относительно лучшимъ компромиссомъ между теоріею логической законченности формулированнаго права, сопряженною съ фикціею полной объективности судьи, и возведеніемъ свободнаго судейскаго правотворчества въ равный съ закономъ или даже высшій, чѣмъ законъ, источникъ юридическихъ нормъ. Полная объективность при разрѣшеніи судьею и наукою правовыхъ вопросовъ de lege lata едва ли достижима. Но «правонахожденіе» также пока еще не можетъ быть предоставлено дискреціонной власти судьи безъ риска замѣнить несовершенный правопорядокъ еще менѣе совершенною судебною анархіею. При такомъ положеніи вещей та система должна быть признана наиболѣе цѣлесообразною, которая не отрѣзываетъ суду и наукѣ путей къ правотворчеству и въ тоже время ставитъ его въ опредѣленныя рамки, подчиняетъ его опредѣленнымъ директивамъ, открывая тѣмъ самымъ возможность провѣрки и объективной оцѣнки его результатовъ.

Изъ иностранныхъ журналовъ.

Лутеръ. Будущность публичнаго международнаго права.

I. de Louter, prof. à l' Université d' Utrecht. L'avenir du droit international public. Revue générale de droit international public. 1912. № 3, p. 281—309.

Наука международнаго публичнаго права имѣетъ передъ собою широкія перспективы; еще только слагающаяся и формулирующаяся, она выработала уже начала, которыя въ будущемъ призваны играть первостепенную роль. Однако наряду съ жизнеспособными идеями въ нее внесены учеными идеи мертворожденныя, покоящіяся на ошибочныхъ теоретическихъ предпосылкахъ. Таковы идеи пасифизма и интернаціонализма.

Пасифизмомъ называютъ движеніе для уничтоженія войны и водворенія мира въ отношеніяхъ народовъ. Симпатичная сама по себѣ, идея вѣчнаго и незыблимаго мира тѣмъ не менѣе неудовлетворительна въ томъ отношеніи, что она неосуществима немедленно въ наше время; ея реализація, будь она возможна, была бы даже пагубна для блага человѣчества. Друзья мира осуждаютъ и проклинаютъ войну, какъ проявленіе дикихъ инстинктовъ людей, и полагаютъ, что для ея исчезновенія изъ международнаго оборота достаточно убѣдить общественное мнѣніе въ ея противорѣчіи здравому смыслу и морали. Но современныя войны не суть тѣ старинныя войны, которыя вызывались волею и интересами отдѣльныхъ лицъ, стоящихъ во главѣ общества; онѣ имѣютъ своимъ основаніемъ національные интересы и распри; правительства могутъ въ настоящее время только задержать или ускорить проявленіе народнаго возбужденія, но они не въ состояніи по своему произволу вызывать это послѣднее и направлять его въ ту или иную сторону. Стремленіе къ войнѣ есть такое же свойство человѣческой природы, какъ и стремленіе къ общенію съ себѣ подобными; пока человѣкъ не научится ограничивать свои желанія

и дѣйствія, до тѣхъ поръ будетъ существовать война. Говорятъ, ее можно предотвратить обращеніемъ къ дипломатическимъ и юридическимъ средствамъ разрѣшенія несогласій; но дипломатическіе переговоры, добрыя услуги и посредничество не гарантируютъ торжества права, третейское же разбирательство, обезпечивая правомѣрность рѣшенія спора, не способно предупредить войну и замѣнить ее, ибо оно примѣнимо не во всѣхъ, а лишь въ юридическихъ конфликтахъ. Будучи по своему существу актомъ свободнаго соглашенія спорящихъ объ обращеніи къ суду третьяго лица, ими выработаннаго, третейскій судъ пригоденъ въ тѣхъ только неважныхъ международныхъ спорахъ, гдѣ идетъ дѣло о толкованіи трактатовъ, о выполненіи взаимныхъ обязательствъ, объ опредѣленіи размѣра убытковъ слѣдуемыхъ вслѣдствіе незаконныхъ дѣйствій или бездѣйствія властей иностраннаго государства, объ исправленіи пограничной линіи и объ искахъ подданныхъ одной изъ спорящихъ сторонъ; здѣсь судъ можетъ разрѣшить споръ къ взаимному удовольствію всѣхъ спорящихъ. Но судъ безсиленъ замирить враждующихъ, когда идетъ дѣло объ интересахъ, не поддающихся нормировкѣ со стороны права, какъ-то о расширеніи государственной территоріи, о существованіи и цѣлости государства, о національной чести и о важныхъ, жизненныхъ, насущныхъ интересахъ страны. Государство не можетъ отдать такой споръ на разрѣшеніе суда и судъ не можетъ уладить такое дѣло. Такіе споры, вродѣ современнаго намъ спора между Италіей и Турціей, возникаютъ часто и ведутъ неудержимо къ кровопролитію; тамъ, гдѣ не существуетъ правовыхъ границъ, нѣтъ мѣста и разумнаго основанія для передачи дѣла въ судъ; мало того, это было бы пагубно для дѣла: приговоръ судей диктовался бы ихъ произволомъ и политическими соображеніями. Вообще арбитражъ не ведетъ самъ по себѣ къ всеобщему и прочному миру и не можетъ быть примѣненъ всегда и всюду. Война противъ войны можетъ вестись успѣшно не путемъ примѣненія третейскаго суда въ возможно большемъ количествѣ случаевъ, а посредствомъ медленнаго перевоспитанія человѣческой природы и поднятія умственнаго уровня человѣка.

Если это такъ, то разоруженіе не можетъ совершиться теперь же, оно должно быть не первой, а самой послѣдней,

завершительной реформой; его надо считать не причиною, а слѣдствіемъ господства правового порядка между народами.

Еще болѣе опасности, чѣмъ пасифизмъ, представляетъ собою интернаціонализмъ. Допустимый и желательный въ качествѣ идеи выражающей стремленіе къ развитію сношеній и отношеній между государствами, интернаціонализмъ становится непріемлимымъ, едва онъ превращается въ мысль о необходимости установленія тѣсныхъ и неразрывныхъ между народами связей путемъ введенія международной организаціи и учрежденія властныхъ международныхъ органовъ, которые предписывали бы свою волю отдѣльнымъ государствамъ; это повело бы къ уничтоженію независимости каждаго государства и къ гибели всего національнаго и самобытнаго. Къ счастію, теорія о власти надъ государствами пока есть ничто иное, какъ простая утопія.

Къ числу юридическихъ утопій принадлежитъ и стоящее въ прямой связи съ этой теоріей представленіе о человѣкѣ какъ о настоящемъ субъектѣ международнаго права. Это представленіе не вѣрно ни въ качествѣ догматическаго положенія современности, ни въ качествѣ историческаго факта. Напротивъ исторія свидѣтельствуетъ, что человѣкъ въ международномъ быту всегда понимался какъ членъ какого либо иностраннаго государства и въ этомъ качествѣ находилъ себѣ правовую защиту въ другихъ государствахъ; и теперь международной охраной пользуется отдѣльный индивидъ не какъ таковой, а какъ подданный даннаго государства. Одни государства творятъ международное право и они создаютъ его для себя самихъ; хотя прилагается впослѣдствіи это право и къ ихъ подданнымъ, однако это не означаетъ того, что эти послѣдніе имѣютъ на это естественное право, а лишь то, что этого хочетъ та государственная власть, которой они подвластны. Субъектами международнаго права были и остаются одни суверенныя государства и только, хотя все право создается для и ради человѣка.

Выводомъ изъ идеи интернаціонализма является также и ошибочная мысль о возможности принуждать государства къ исполненію третейскихъ рѣшеній путемъ примѣненія силъ особой международной экзекуціонной арміи; могущественныя державы не согласятся подчиниться силѣ и возгорится война еще болѣе продолжительная, ожесточенная и упорная, чѣмъ та,

какую стремились предотвратить навязываніемъ мирнаго исхода, слабыя же страны утратятъ совсѣмъ свое качество независимыхъ государствъ. Кромѣ того это поведетъ къ перерожденію всего международнаго права, договорному характеру котораго противорѣчитъ идея о принудительномъ воздѣйствіи на свободныя государства со стороны международной административной независимой власти; международное право превратится тогда въ право всемірнаго единаго государства, а отдѣльныя государства—въ провинціи этого государства; въ лучшемъ случаѣ здѣсь будетъ приниматься въ расчетъ начало большинства голосовъ этихъ провинцій; этотъ идеалъ упраздненія независимыхъ государствъ нашего времени былъ бы могилой для человѣчества, благополучіе котораго неразрывно связано съ раздѣленіемъ на суверенныя политическія дѣла.

Н. Голубевъ.

Сноу. Международное право.

A. H. Snow. Le droit des nations Revue générale de droit international public. 1912, № 3, p. 309—318.

Въ первой половинѣ XVII вѣка по раздѣленіи Западной Европы на рядъ отдѣльныхъ притязавшихъ на самостоятельность государствъ для поддержанія мира, согласія и порядка въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ были выработаны первые начатки общеевропейскаго права. Публицисты, положившіе основаніе послѣднему, исходили изъ представленія о единствѣ гражданскаго правопорядка народовъ, установленномъ старинной римской имперіей, о духовномъ ихъ единеніи, достигнутомъ христіанской церковью, и о политическомъ ихъ объединеніи въ одно цѣлое, образовавшемся при участіи Императора и Папы, стоявшихъ во главѣ этой западно-европейской «христіанской республики народовъ».

Съ образованіемъ послѣ Вестфальскаго трактата 1648 года ряда дѣйствительно независимыхъ державъ отношенія между ними, по воззрѣнію публицистовъ, поскольку они не нормированы ихъ свободными взаимными соглашеніями, должны были опредѣляться началами разума и естественной справедливости. Другими словами рядомъ съ договорнымъ правомъ народовъ

(droit des gens) существовало право естественное. Первое базировалось на jus gentium римлянъ, на федеральномъ правѣ Священной Римской Имперіи, на исторіи и на прецедентахъ, второе—на lex naturae, выработанномъ римскими юристами, и на христіанской морали.

Эта конструкція отличалась отъ прежней въ томъ отношеніи, что она представляла общество народовъ безъ какой либо внѣшней политической организаціи; эта послѣдняя не конструировалась въ виду того, что молодыя государства, только что эманципировавшіяся отъ власти цезаропапизма, не желали и думать о возможности существованія какой либо высшей надъ ними правительственной власти. Ихъ объединяло лишь сознаніе духовнаго единства народовъ всѣхъ странъ свѣта, покоящееся на христіанской религіи.

Право народовъ этого времени характеризуется и полнымъ господствомъ начала суверенитета: все покоилось на волѣ отдѣльныхъ государствъ и источникомъ права являлись лишь они, но не чья либо высшая надъ ними воля; договоры и обычаи въ международномъ быту творятся лишь государствами, но не какимъ либо высшимъ политическимъ тѣломъ; этому обычному міровому праву придано было названіе международнаго (droit international).

Въ настоящее время вырабатывается представленіе о международномъ правопорядкѣ стоящемъ надъ государствами и вытекающемъ не изъ ихъ воли и усмотрѣнія, а отъ извѣчныхъ непреложныхъ началъ; не соглашеніе творитъ право, а установившаяся въ жизни норма получаетъ внѣшнее бытіе свое въ договорѣ между государствами.

Международное право, по современной теоріи, исходитъ отъ общества народовъ, которое налагаетъ обязанности на своихъ членовъ и надѣляетъ ихъ правами. Законодателемъ здѣсь являются не государства въ отдѣльности, а группа государствъ въ цѣломъ, стоящая надъ отдѣльнымъ государствомъ, входящимъ въ ея составъ, т. е. такъ называемый «международный союзъ». И этотъ послѣдній не есть фикція, онъ реально существуетъ, объединяя всѣ цивилизованные народы міра. Его бытіе молчаливо признается его членами, хотя нѣтъ никакого учредительнаго акта, который бы санкціонировалъ его возникновеніе и опредѣлялъ бы его составъ и границы, равно какъ его органы.

Законодательная власть международнаго союза опредѣляется сферою общихъ интересовъ народовъ; принципіально исключены изъ его вѣдѣнія интересы мѣстные, національные.

Его власть проявляется или на международныхъ съѣздахъ, или же въ соглашеніяхъ такъ называемыхъ «великихъ державъ».

Для обозначенія этого права международнаго союза въ отличіе отъ «права народовъ» (droit des gens) и отъ «международнаго права» (droit international), можно примѣнять терминъ «надъ-государственное право» (droit supernational).

Н. Голубевъ.

А. Реста. Пушечный выстрѣлъ какъ граница берегового моря.

Arnold Raestad. La portée du canon comme limite de la mer territoriale. Revue générale de droit international public. 1912. № 4—5, p. 598—623.

По ученію итальянскихъ постглоссаторовъ средневѣковья море не принадлежитъ никому, оно доступно для всеобщаго пользованія; но прибрежное государство имѣетъ надъ моремъ право юрисдикціи ъъ гражданско—и уголовно-правовыхъ отношеніяхъ, которые Бартолъ ограничивалъ 100 итальянскими милями. Эта теорія господствовала въ теченіе трехъ вѣковъ, высказывалась еще въ XVI вѣкѣ въ тѣхъ западно-европейскихъ странахъ, гдѣ вліяніе итальянскихъ юристовъ сказывалось особенно сильно. Но въ эту эпоху она уступаетъ мѣсто другимъ теоріямъ—опредѣлявшимъ границу или полемъ зрѣнія человѣка или же разстояніемъ пушечнаго выстрѣла.

Первая наиболѣе старинная изъ двухъ теорія имѣла въ своемъ основаніи представленіе о разстояніи между берегомъ и судномъ, съ котораго этотъ берегъ можно явственно видѣть; всякая помѣха судоходству въ этихъ границахъ являлась нарушеніемъ суверенныхъ правъ прибрежнаго государя. Эта граница получила на французскомъ языкѣ наименованіе «une vue» и съ теченіемъ времени стала исчисляться въ лье и въ миляхъ, что внесло болѣе точности въ неопредѣленное понятіе о полѣ человѣческаго зрѣнія. Однако это имѣло и свои неудобства: лье и мили понимались неодинаково не только въ различныхъ

державахъ, но даже въ отдѣльныхъ провинціяхъ одного и того же государства; еще въ XVIII вѣкѣ каждая страна измѣряла лье по своему, общаго же соглашенія не было. Такой способъ исчисленія былъ еще несовершеннѣе опредѣленія Бартола, которое при всей своей произвольности тѣмъ не менѣе было понятно всѣмъ, ибо единицу измѣренія—итальянскую милю—знали всѣ.

Другая теорія была основана на общепринятомъ на сушѣ измѣреніи по полету брошеннаго камня или ружейной пули, или же—на морѣ—по выстрѣлу изъ пушки. Благодаря отсутствію существенныхъ измѣненій въ артиллерійскомъ дѣлѣ въ теченіе почти трехъ столѣтій разстояніе пушечнаго выстрѣла было величиной почти неизмѣнной, что являлось значительнымъ преимуществомъ передъ предшествующей теоріей. Подобное измѣреніе берегового моря начало имѣть мѣсто съ XVII вѣка и формулировано было Бинкерсгукомъ въ его «De dominio maris» и «Questiones juris publici»; въ XVIII вѣкѣ впервые оно встрѣчается въ международныхъ договорахъ. Попытку опредѣлить математически разстояніе пушечнаго выстрѣла сдѣлалъ Галіани въ своемъ сочиненіи Dei deveri dei principi neutrali; онъ принялъ три мили какъ наивысшее разстояніе, какого можетъ достигнуть ядро выпущенное изъ орудія стоящаго на береговой баттареѣ. Такое числовое опредѣленіе было усвоено и наукою и практикою; однако имя Галліани почти совсѣмъ забыто и въ настоящее время для опредѣленія границъ берегового моря по пушечному выстрѣлу пользуются обыкновенно афоризмами Бинкерсгука.

Въ XIX вѣкѣ трехмильная граница была принята по традиціи почти всѣми державами, такъ что для случаевъ, когда шло дѣло о правахъ войны и нейтралитета, выдвигалась теорія пушечнаго выстрѣла, а для случаевъ, гдѣ затрогивалось право мира, какъ напр. въ отношеніи рыболовства въ береговыхъ водахъ, прилагалась терхмильная норма. Съ теченіемъ времени, по развитіи мирныхъ сношеній народовъ, эта трехмильная граница начала вытѣснять теорію основанную Бинкерсгукомъ и стала примѣняться въ качествѣ самостоятельной общепризнанной всѣми и для всѣхъ случаевъ нормы; такъ измѣрялись границы гражданской и уголовной юрисдикціи, таможенной и санитарной полиціи. Такимъ образомъ возникла и развилась третья, современная теорія числового опредѣленія бере-

гового моря, эманципировавшаяся отъ теоріи пушечнаго выстрѣла

Въ настоящее время эта послѣдняя теорія потеряла свое прежнее значеніе въ Европѣ; она не отвѣчаетъ болѣе и дѣйствительности. Выдвинутая для замѣны старой теоріи, слишкомъ широко раздвигавшей границы прибрежнаго государства полемъ человѣческаго зрѣнія, она отжила свой вѣкъ и нынѣ не способна удовлетворить потребностямъ международнаго общенія; къ тому же защита берегового моря производится не береговыми укрѣпленіями, а военными судами, крейсерами и стаціонерами; крѣпости же имѣютъ лишь цѣлью препятствовать высадкѣ на берегъ непріятельской арміи. Общепринятая трехмильная полоса лучше всего опредѣляетъ предѣлы берегового моря даже въ тѣхъ случаяхъ, когда на берегу находятся современныя дальнобойныя орудія, выкидывающія ядра на разстояніе свыше трехъ миль. Неизмѣнная числовая граница предпочтительнѣе измѣнчивой границѣ опредѣляемой выстрѣломъ съ берега. Тѣ интересы, которые связаны съ пользованіемъ моремъ, не стоятъ ни въ какой связи съ успѣхами артиллеріи; не vis armorum, а постоянные извѣчныя мирныя и экономическія потребности опредѣляютъ предѣлы верховенства береговой державы надъ территоріальными водами; въ соотвѣтствіи съ этими потребностями и должны устанавливаться границы этихъ водъ. Иначе, когда аэропланы будутъ поддерживать безопасность и порядокъ въ береговыхъ водахъ, тогда слѣдовало бы расширить границы берегового моря до границъ поля дѣйствія воздушныхъ судовъ, что существенно измѣнило бы всѣ представленія о береговомъ морѣ. Не случайные факты, а взаимное соглашеніе государствъ о разграниченіи сферы дѣйствія каждаго изъ нихъ должно быть здѣсь рѣшающимъ моментомъ.

Н. Голубевъ.

Хроника.

Новый Венгерскій уставъ гражданскаго судопроизводства.

(Продолженіе) [1].

VI. Въ отношеніи послѣдствій пропуска срока нужно различать: a) если истецъ не явится въ срокъ, назначенный для предварительнаго разбирательства, то, по просьбѣ отвѣтчика, вызовъ въ судъ отмѣняется и истецъ присуждается къ возмѣщенію издержекъ. Истецъ, впрочемъ, можетъ въ продолженіи 15 дней послѣ пропуска срока на явку просить о назначеніи срока, въ каковомъ случаѣ остаются въ силѣ послѣдствія предъявленія иска и возбужденіи дѣла. Отвѣтчикъ въ этомъ случаѣ можетъ отказаться вступить въ дѣло до тѣхъ поръ, пока истцомъ не будутъ уплочены издержки, вызванныя неявкою истца.

b) Если къ предварительному производству не явится отвѣтчикъ, то, по просьбѣ истца, судъ постановляетъ рѣшеніе соотвѣтственно исковому требованію. Справедливость обстоятельствъ, лежащихъ въ основаніи иска, въ этомъ случаѣ не провѣряется судомъ, но судъ подвергаетъ ихъ юридической оцѣнкѣ, такъ что, не смотря на неявку отвѣтчика, исковое требованіе можетъ остаться неудовлетвореннымъ, напр. въ томъ случаѣ, если искъ юридически не обоснованъ, по самому своему содержанію удовлетвореніе его противорѣчило бы закону, и т. п.

c) Если которая либо сторона, все равно истецъ или отвѣтчикъ—не явится въ засѣданіе, назначенное для состязанія или для его продолженія, то, по просьбѣ явившейся стороны, дѣло разсматривается при ея участіи и неявившаяся сторона несетъ всѣ послѣдствія неявки. При неявкѣ къ продолженію состязательнаго разбирательства которой либо изъ сторонъ

---

[1]) См. Юрид. Записки, 1912, I/II, стр. 201.

при постановленіи рѣшенія должны быть приняты во вниманіе результаты предшествующаго разбирательства и приведенныя ранѣе доказательства, такъ что предшествующая дѣятельность сторонъ не пропадетъ безслѣдно.

г) Если ни та ни другая сторона не явятся къ предварительному разбирательству или къ состязанію или если явившаяся сторона не проситъ о разбирательствѣ, то производство пріостанавливается. Пріостановка длится до тѣхъ поръ, пока которая либо изъ сторонъ не потребуетъ назначенія срока. Такое требованіе не можетъ быть, однако, предъявлено ранѣе, чѣмъ по истеченіи двухъ мѣсяцевъ со времени пропуска первоначальнаго срока, за исключеніемъ случая, когда сторона докажетъ, что пропускъ произошелъ не по ея винѣ. По истеченіи трехъ лѣтъ со времени пропуска срока процессъ считается окончательно прекратившимся.

Для устраненія послѣдствій пропуска сроковъ существуютъ два средства: возстановленіе и отзывъ. Послѣдствія пропуска сроковъ-періодовъ (Fristen) могутъ быть устранены только путемъ ихъ возстановленія, по скольку эти послѣдствія вообще устранимы, послѣдствія пропуска сроковъ моментовъ (Termine) могутъ быть устранены какъ путемъ возстановленія, такъ и путемъ отзыва.

Возстановленіе является болѣе серьезнымъ способомъ и примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда пропускъ срока менѣе извинителенъ и влечетъ болѣе тяжелыя послѣдствія, отзывъ же разсматривается, какъ менѣе серьезный способъ, допускаемый въ случаяхъ, когда пропускъ извинительнѣе и не связанъ съ тяжелыми послѣдствіями. Отзывъ предоставляется только отвѣтчику и то лишь въ случаѣ, когда имъ пропущенъ срокъ для вступленія въ отвѣтъ; отзывъ не допускается, когда отвѣтчикъ явился къ болѣе раннему сроку или когда ранній срокъ былъ назначенъ по его просьбѣ, или если имъ по дѣлу былъ уже данъ отзывъ. Отзывъ долженъ быть поданъ въ продолженіи 15 дней въ судъ, разсматривающій дѣло. Отзывомъ считается всякое заявленіе неудовольствія состоявшимся рѣшеніемъ, когда рѣшеніе подлежитъ оспариванію. Вслѣдствіе отзыва назначается новый срокъ для разбирательства дѣла по существу, результатомъ котораго можетъ быть или оставленіе въ силѣ рѣшенія или его отмѣна. Если отвѣтчикъ не явится въ срокъ, то, по просьбѣ истца, отвѣтчику должно быть отказано и

прежнее рѣшеніе оставлено въ силѣ. При неявкѣ истца наступаютъ послѣдствія указанныя выше подъ лит. а. Исправленіе прочихъ сроковъ, въ особенности сроковъ для состязательнаго разбирательства и сроковъ рѣшительныхъ, происходитъ путемъ возстановленія. Для допущенія возстановленія необходимо, чтобы срокъ былъ пропущенъ не по винѣ стороны или ея представителя. Просьба о возстановленіи подается въ судъ, въ которомъ произошла просрочка. Въ просьбѣ должны быть приведены обстоятельства, подтверждающія требованіе о возстановленіи съ указаніемъ доказательствъ наличности такого рода обстоятельствъ. Постановленіе о возстановленіи, которое не подлежитъ обжалованію, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ немедленный приступъ къ процессуальному дѣйствію, которое было пропущено, или къ разсмотрѣнію вопроса, который подлежалъ разсмотрѣнію въ пропущенный срокъ.

VII. Ординарными способами обжалованія судебныхъ рѣшеній являются: апелляція и кассація. Противъ частныхъ опредѣленій суда допускаются частныя жалобы.

1) Апелляціи подлежатъ всѣ рѣшенія судовъ первой инстанціи; не подлежатъ апелляціи только рѣшенія участковыхъ судовъ по дѣламъ объ уплатѣ наличными деньгами, объ исполненіи работъ и по дѣламъ о движимости. Апелляція не допускается, когда цѣна спорнаго предмета не превышаетъ 50 кронъ.

Апелляціонный срокъ—15 дней, исчисляемыхъ со времени сообщенія сторонамъ рѣшенія. Апелляція, поданная съ пропускомъ срока, отвергается апелляціоннымъ Сенатомъ безъ выслушанія сторонъ.

Апелляціонная жалоба подается въ судъ первой инстанціи въ письменной формѣ; апелляціонная жалоба на рѣшеніе участковаго суда можетъ быть предъявлена съ занесеніемъ ея въ протоколъ даже тогда, когда процессъ ведется адвокатомъ.

Въ апелляціонной жалобѣ, или въ замѣняющемъ ее протоколѣ, должны содержаться: обозначеніе судебнаго рѣшенія, на которое приносится жалоба, изложеніе жалобы, а также формулировано опредѣленное требованіе съ изъясненіемъ, въ какой мѣрѣ апелляторъ недоволенъ рѣшеніемъ, недоволенъ ли онъ рѣшеніемъ въ цѣломъ или въ части и въ какой именно? Кромѣ того, апелляторъ, въ виду подготовленія послѣдующаго апелляціоннаго производства, долженъ сообщить въ апелляціонной жалобѣ тѣ новыя обстоятельства и доказательства

которыя онъ желаетъ предъявить при разсмотрѣніи дѣла въ апеляціонной инстанціи, или изложить, съ приведеніемъ къ тому основаній, требованіе, если онъ желаетъ во второй инстанціи повторить либо дополнить доказательства, которыя были имъ приведены въ судѣ первой инстанціи.

Изъ этихъ принадлежностей апеляціонной жалобы существенны только двѣ, а именно: обозначеніе рѣшенія, на которое приносится апеляція, и изложеніе жалобы. Ихъ отсутствіе имѣетъ своимъ послѣдствіемъ отказъ въ жалобѣ безъ выслушанія сторонъ. Апеляціонное требованіе имѣетъ только тогда существенное значеніе, когда по апеляціонной жалобѣ не нужно изустное производство (см. ниже). Если же таковое имѣетъ мѣсто, то апеляціонное требованіе можетъ быть формулировано или измѣнено при апеляціонномъ производствѣ. Тоже относится и къ указываемымъ въ апеляціонной жалобѣ новымъ обстоятельствамъ и доказательствамъ, служащимъ для подготовки дальнѣйшаго производства. Хотя апеляторъ и обязанъ привести ихъ въ апеляціонной жалобѣ, но неисполненіе такой обязанности не влечетъ за собою отказа отъ ихъ разсмотрѣнія въ апеляціонномъ производствѣ. Сторонѣ предоставляется право привести эти обстоятельства и доводы впослѣдствіи, при апеляціонномъ разбирательствѣ, или измѣнить изложенныя въ апеляціонной жалобѣ. Въ этомъ случаѣ сторона подвергается опасности быть присужденной къ уплатѣ издержекъ, которыя могутъ быть вызваны необходимостью отсрочки засѣданія. При неправильномъ обозначеніи обжалованія (напр. названіе апеляціи жалобою) оно оцѣнивается въ зависимости отъ содержанія.

По полученіи апеляціи судъ первой степени вноситъ ее со всѣми относящимися къ дѣлу актами въ апеляціонную инстанцію.

Въ апеляціонной инстанціи дѣло заканчивается или безъ изустнаго разбирательства только на основаніи публичнаго доклада, или на основаніи изустнаго разбирательства. Первое составляетъ исключеніе, второе является общимъ правиломъ.

Дѣло оканчивается безъ изустнаго разбирательства, когда апеляторъ отъ такого разбирательства отказывается, а противная сторона по сообщеніи ей апеляціонной жалобы въ продолженіи 8 дней не заявитъ о желаніи, чтобы дѣло подверглось изустному разбирательству. По самому закону не тре-

буется изустное разбирательство, если рѣшеніе обжаловано по формальнымъ основаніямъ (по неправильности состава суда, по участію въ рѣшеніи судьи исключеннаго или правильно отводившагося, по нарушенію публичности или устности, по процессуальной недѣйствительности стороны, по отсутствію надлежащаго представительства), или когда жалоба касается только судебныхъ издержекъ, или когда обжаловано рѣшеніе, состоявшееся вслѣдствіе неявки къ разбирательству подготовительному, или на основаніи отводовъ, наконецъ, если обжаловано рѣшеніе участковаго суда и цѣна иска не превышаетъ 100 кронъ. Когда дѣло по апеляціи оканчивается безъ изустнаго разбирательства, то апеляціонный судъ разсматриваетъ дѣло на основаніи публичнаго доклада, о которомъ стороны освѣдомляются лишь изъ объявленія о назначенныхъ къ слушанію дѣлахъ. Стороны могутъ присутствовать при докладѣ и излагать основанія своихъ требованій. Въ основу рѣшенія апеляціоннаго суда кладется фактическій матеріалъ, содержащійся въ рѣшеніи суда первой инстанціи, въ судебномъ протоколѣ и приложеніяхъ къ нему. Въ тѣхъ случаяхъ, когда по закону дѣло должно заканчиваться безъ изустнаго разбирательства (см. выше), новыя обстоятельства, т. е. такія, которыя не были приняты во вниманіе судомъ первой инстанціи, могутъ быть приводимы при апеляціонномъ разбирательствѣ только тогда, когда они относятся къ фактамъ, подлежащимъ удостовѣренію со стороны суда ex officio и касаются нарушенія процессуальныхъ правилъ. Кромѣ того эти новыя обстоятельства должны быть приведены въ апеляціонной жалобѣ или въ письменныхъ заявленіяхъ апелятора; ссылки на нихъ путемъ словеснаго заявленія впервые не допускаются.

Такимъ образомъ, приведеніе новыхъ обстоятельствъ и новыхъ доводовъ при апеляціонномъ разбирательствѣ ограничено.

Иначе обстоитъ дѣло, когда имѣетъ мѣсто изустное разбирательство. Такой способъ разрѣшенія апеляціи является общимъ правиломъ. По апеляціонной жалобѣ назначается срокъ изустнаго разбирательства, къ которому вызывается противная сторона съ врученіемъ ей экземпляра апеляціонной жалобы. Если отвѣтчикъ по апеляціи желаетъ во время изустнаго разбирательства предъявить новыя обстоятельства или доводы, то онъ долженъ ихъ сообщить въ особой подготови-

тельной бумагѣ, подлежащей подачѣ въ первую половину, по общему правилу, пятнадцати дневнаго срока на явку. При этомъ способѣ разрѣшенія дѣла по апеляціи стороны ничѣмъ неограничены относительно предъявленія новыхъ обстоятельствъ и доводовъ, не бывшихъ въ разсмотрѣніи суда первой инстанціи. Въ этомъ случаѣ дѣйствуетъ принципъ, такъ наз., полной апеляціи, т. е. въ апеляціонной инстанціи весь процессъ возобновляется въ предѣлахъ требованій апелятора и его противника. При апеляціонномъ разбирательствѣ могутъ быть предъявлены всѣ заявленія и письменныя доказательства, которыя остались непредъявленными при разсмотрѣніи дѣла въ первой инстанціи. Венгерскій уставъ гражданскаго судопроизводства по вопросу о допустимости новаго въ апеляціонномъ производствѣ примкнулъ къ порядку, принятому Германскимъ уставомъ гражданскаго судопроизводства.

Апеляціонное производство открывается прочтеніемъ требованій апелятора и противной стороны. Эти требованія до окончанія изустнаго разбирательства могутъ быть измѣнены, поскольку чрезъ это не измѣняется искъ или не возбуждается новый искъ или новый встрѣчный искъ, что не допускается въ апеляціонной инстанціи.

По выслушаніи апеляціонныхъ требованій стороны излагаютъ ходъ и результаты разбирательства первой инстанціи; дѣятельность апеляціоннаго суда ограничивается тѣмъ, что предсѣдательствующій слѣдитъ за правильностью и полнотою излагаемаго сторонами. Венгерскій законъ отдалъ предпочтеніе докладу сторонъ передъ докладомъ судьи, потому что хорошій докладъ, исходящій отъ сторонъ, полезнѣе хорошаго доклада судьи, а докладъ ошибочный либо неполный которой либо стороны можетъ быть исправленъ не только противникомъ, но и самимъ судомъ, между тѣмъ какъ ошибочный докладъ, сдѣланный судьею, труднѣе поддается исправленію сторонами и колеблетъ престижъ суда. Независимо отъ этого, плохой докладъ судьи, при неопытности сторонъ, можетъ повести къ совершенно неправильному освѣщенію дѣла.

Во время апеляціоннаго разбирательства могутъ быть повторены и дополнены приведенные въ первой инстанціи доводы, а также приведены новые доводы. По венгерскому уставу, въ отличіе отъ австрійскаго права, апеляціонный судъ можетъ допрашивать подъ присягою и предоставить присягу въ опро-

верженіе такого обстоятельства, которое было удостовѣрено подъ присягою противною стороною при разбирательствѣ дѣла въ первой инстанціи. Допущено это было по тому соображенію, что показаніе подъ присягою стороны подлежитъ оцѣнкѣ суда также, какъ и показаніе свидѣтеля по дѣлу, и такъ какъ постоянно встрѣчается приведеніе къ присягѣ свидѣтелей, показывающихъ противорѣчащее одно другому, то нѣтъ препятствій и къ тому, чтобы апеляціонный судъ выслушалъ подъ присягою противника, опровергающаго извѣстное обстоятельство, удостовѣренное подъ присягою другою стороною въ судѣ первой инстанціи.

Въ апеляціонной инстанціи дѣло по общему правилу завершается постановкою рѣшенія, которымъ либо оставляется въ силѣ, либо измѣняется рѣшеніе суда первой степени. Измѣнено можетъ быть рѣшеніе только лишь по стольку, по скольку того требуютъ стороны. Въ извѣстныхъ случаяхъ апеляціонный судъ отмѣняетъ рѣшеніе суда первой степени (ненадлежащій составъ суда, участіе въ рѣшеніи судіи исключеннаго или правильно отводившагося, нарушеніе публичности и устности, недѣеспособность стороны, отсутствіе надлежащаго представителя или отсутствіе довѣренности на веденіе дѣла, наличность обстоятельства, препятствующаго движенію процесса, признаніе судомъ наличности просрочки, когда ея въ дѣйствительности не было) и въ зависимости отъ характера порока въ дѣлѣ или возвращаетъ дѣло для новаго разсмотрѣнія дѣла судомъ первой инстанціи или постановляетъ о прекращеніи производства.

Изъ германскмго права воспринятъ институтъ присоединенія къ апеляціи. До окончанія изустнаго разбирательства противникъ апелятора можетъ присоединиться къ апеляціи. Такое присоединеніе къ апеляціи отличается отъ апеляціи тѣмъ, что оно находится въ завимости отъ апеляціи, такъ что присоединеніе теряетъ силу, если апеляція оказывается поданною съ пропускомъ срока, или отвергнута судомъ или взята обратно до присоединенія. Только тогда, когда о присоединеніи заявлено суду своевременно, въ продолженіи апеляціоннаго срока, присоединеніе признается апеляціею.

2) На рѣшенія судовъ апеляціонныхъ допускаются кассація. Этотъ способъ обжалованія не допускается на рѣшенія участковыхъ судовъ, когда цѣна спорнаго предмета не превы-

шаетъ 500 кронъ, въ процессахъ по дѣламъ, вытекающимъ изъ отношеній акціонерныхъ компаній или товариществъ, а также въ процессахъ объ убыткахъ по нарушенію права на патенты, защитные знаки и промысловые образчики, кассація не допускается, когда цѣна спорнаго предмета не превышаетъ 100 кронъ.

Кассація значительно болѣе ограничена, чѣмъ апеляція. Это выражается прежде всего въ томъ, что при кассаціи не допускается внесеніе чего либо новаго, въ основѣ ея долженъ лежать тотъ фактическій матеріалъ, который установленъ судомъ апеляціоннымъ. Кассаціонный судъ не можетъ даже подвергать повѣркѣ истинность заявленій. Повѣрка кассаціоннымъ судомъ допускается только въ томъ случаѣ, когда данное обстоятельство осталось непровѣреннымъ апеляціоннымъ судомъ вслѣдствіе непримѣненія или вслѣдствіе неправильнаго примѣненія какого либо юридическаго правила, или установлено апеляціоннымъ судомъ, какъ явно ошибочный выводъ изъ обстоятельствъ дѣла или вопреки ясному смыслу письменнаго акта. Но и въ этихъ случаяхъ кассаціонный судъ не долженъ входить въ разсмотрѣніе доказательствъ, истинности или ложности спорнаго обстоятельства.

И въ другихъ отношеніяхъ существуетъ различіе между апеляціею и кассаціею. Срокъ на подачу кассаціи также 15-ти дневный, но она должна быть облечена въ форму письменной жалобы и написана адвокатомъ. Въ жалобѣ, вмѣстѣ съ наименованіемъ рѣшенія, на которое подается кассація, и съ указаніемъ опредѣленнаго требованія съ объясненіемъ, проситъ ли кассаторъ объ отмѣнѣ всего рѣшенія и его части, должны быть также приведены основанія кассаціи. Перечня этихъ основаній венгерскій уставъ, въ отличіе отъ германскаго устава, не содержитъ.

Кассаціонная жалоба предъявляется въ судъ первой инстанціи, который вмѣстѣ со всѣми нужными актами препровождаетъ въ кассаціонный судъ.

Кассаціонный судъ постановляетъ рѣшеніе безъ устнаго разбирательства на основаніи публичнаго доклада, когда разсматривается дѣло, бывшее въ производствѣ участковаго суда и цѣнность спорнаго предмета не превышаетъ тысячи кронъ. Въ этомъ случаѣ противная сторона можетъ по бумагѣ, изго-

товленной адвокатомъ, предъявить возраженіе, но она не можетъ присоединиться къ кассаціи.

Стороны о срокѣ заслушанія публичнаго доклада извѣщаются изъ объявленія о дѣлахъ, подлежащихъ слушанію въ судѣ. Стороны не имѣютъ права просить слова.

Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ при кассаціонномъ производствѣ имѣетъ мѣсто изустное состязаніе; въ этихъ случаяхъ противная сторона можетъ предъявить отвѣтъ на доставленную ей кассаціонную жалобу по бумагѣ, приготовленной для нея адвокатомъ; въ этомъ отвѣтѣ она можетъ присоединиться къ кассаціи.

Въ назначенный срокъ положеніе дѣла и требованія сторонъ съ изложеніемъ ихъ основаній докладываются не стороною, какъ при апеляціонномъ производствѣ, но членомъ кассаціоннаго суда, въ качествѣ докладчика. По общему правилу, въ кассаціонной инстанціи дѣло получаетъ разрѣшеніе, но если рѣшеніе представляется невозможнымъ въ кассаціонной инстанціи, то отмѣняется рѣшеніе апеляціоннаго суда и дѣло возвращается въ апеляціонный судъ для постановленія новаго рѣшенія. Кассаціонный судъ можетъ, отмѣняя рѣшеніе апеляціоннаго суда, тутъ же постановить на его мѣсто окончательное рѣшеніе, напр., отмѣнить рѣшеніе первой инстанціи. Для предупрежденія неосновательныхъ кассацій законъ опредѣляетъ денежную пеню въ случаѣ, если которая либо изъ сторонъ просила объ отмѣнѣ двухъ одинаковыхъ рѣшеній безуспѣшно и кассаціонный судъ признаетъ просьбу о кассаціи явно неосновательною. Пенѣ подвергается въ первую голову адвокатъ, подписавшій кассаціоную жалобу.

3) Способомъ обжалованія частныхъ опредѣленій суда являются частныя жалобы, за исключеніемъ случаевъ, когда таковыя по закону не допускаются. Два одинаковыя опредѣленія суда не могутъ быть обжалованы путемъ частной жалобы. Для разрѣшенія частной жалобы дается восьмидневный срокъ. Если въ производствѣ, вызвавшемъ жалобу, необязательно было участіе адвоката, то частная жалоба можетъ быть предъявлена и не адвокатомъ или она можетъ быть заявлена словесно съ занесеніемъ въ протоколъ. По общему правилу, жалоба не пріостанавливаетъ производства. Жалоба разрѣшается непосредственно высшимъ судомъ, ее можетъ разрѣшить и судъ, постановившій опредѣленіе, если онъ опредѣленіемъ не связанъ.

Въ частности, судъ не связанъ опредѣленіемъ, которымъ отказано въ односторонней просьбѣ, или опредѣленіемъ, относящимися до направленія процесса.

VIII. Судебное рѣшеніе, вступившее въ законную силу, можетъ быть устранено только чрезвычайнымъ способомъ обжалованія, просьбою о пересмотрѣ рѣшенія. Пересмотръ рѣшенія допускается при наличности какихъ-либо формальныхъ нарушеній, (не надлежащій составъ суда, участіе въ рѣшеніи судьи исключеннаго или отведеннаго, процессуальная недѣеспособность которой либо стороны, отсутствіе надлежащаго полномочія у представителя, неправильное обозначеніе отвѣтчика, какъ неимѣющаго извѣстнаго истцу мѣста жительства при извѣстности его мѣста жительства истцу), или вслѣдствіе преступленія, которое имѣло вліяніе на неблагопріятное для стороны рѣшеніе (преступное нарушеніе судьею судейскихъ обязанностей, совершеніе стороною какого-либо дѣйствія, воспрещеннаго уголовнымъ закономъ, послѣдовавшая отмѣна приговора уголовнаго суда, послужившаго основаніемъ рѣшенія) или, наконецъ, вслѣдствіе открывшихся новыхъ обстоятельствъ, которыя въ прежнемъ производствѣ не могли быть приняты во вниманіе и которыя могли бы имѣть благопріятное вліяніе на рѣшеніе (отысканіе прежняго вступившаго въ законную силу рѣшенія мировой сдѣлки, доказательства обстоятельства, на которое дѣлалась ссылка въ прежнемъ производствѣ). Путемъ пересмотра рѣшенія можетъ быть опровергнута судебная мировая сдѣлка.

Срокъ на просьбу о пересмотрѣ 6-ти мѣсячный. Онъ исчисляется со дня вступленія въ законную силу пересматриваемаго рѣшенія или со дня заключенія мироваго соглашенія. По истеченіи пяти лѣтъ послѣ этого срока пересмотръ рѣшенія не допускается. И послѣ истеченія пяти лѣтъ можно просить о пересмотрѣ рѣшенія только въ слѣдующихъ случаяхъ: если сторона въ прежнемъ процессѣ была недѣеспособна, и не была представлена законнымъ представителемъ, или если, вмѣсто стороны на судѣ, выступало третье лицо, не имѣвшее на то уполномочія, или если истецъ умолчалъ объ извѣстномъ ему мѣстѣ жительства отвѣтчика и назвалъ его лицомъ, мѣстожительство котораго неизвѣстно. Просьба о пересмотрѣ рѣшенія вносится по общему правилу въ судъ, постановившій

рѣшеніе. При разсмотрѣніи дѣла примѣняются общія правила съ тѣми уклоненіями, которыя указаны въ законѣ.

Рѣшеніе по просьбѣ о пересмотрѣ рѣшенія содержитъ либо отказъ въ пересмотрѣ или имъ отмѣняется прежнее рѣшеніе или предписывается новое разсмотрѣніе дѣла.

IX. Изъ чрезвычайныхъ производствъ заслуживаютъ вниманія въ особенности: a) Упрощенное судопроизводство, примѣняющееся при взысканіяхъ по денежнымъ требованіямъ, или по требованіямъ о доставленіи замѣнимыхъ вещей или цѣнныхъ бумагъ, когда эти требованія подсудны участковому суду. Сущность упрощеннаго судопроизводства состоитъ въ томъ, что по просьбѣ кредитора безъ выслушанія должника послѣднему предписывается въ 15-ти дневный срокъ послѣ полученія предписанія уплатить по требованію подъ угрозою принудительнаго исполненія, или въ тотъ же срокъ представить возраженія. Возраженія должны быть предъявлены въ судъ, издавшій предписаніе, причемъ, не требуется приводить основаній возраженія. Возраженіемъ почитается всякій, какъ бы онъ ни былъ названъ, отзывъ на предписаніе объ уплатѣ. Когда возраженіе предъявлено своевременно, то судъ ex officio назначаетъ срокъ для разбора дѣла и судомъ постановляется рѣшеніе по требованію кредитора.

b) Понудительное исполненіе по актамъ, векселямъ, торговымъ приказамъ, подпискамъ и чекамъ. Условіемъ является предъявленіе вмѣстѣ съ требованіемъ въ подлинникѣ самаго письменнаго акта. На основаніи просьбы, если къ тому нѣтъ никакихъ препятствій, дѣлается предписаніе объ уплатѣ съ назначеніемъ трехдневнаго срока для исполненія или для предъявленія возраженій. При наличности возраженій назначается срокъ для предварительнаго разбирательства и, вмѣстѣ съ тѣмъ, срокъ, для состязательнаго производства. Въ остальномъ примѣняются правила судопроизводства въ участковыхъ судахъ, откуда слѣдуетъ, что въ отношеніи предъявленія доказательствъ, въ отличіе отъ германскаго устава судопроизводства, не существуетъ никакихъ ограниченій и рѣшеніе суда имѣетъ характеръ рѣшенія окончательнаго.

c) Производство по дѣламъ о наймѣ. На основаніи заявленія, которое можетъ исходить какъ отъ наймодателя, такъ и отъ нанимателя, противная сторона извѣщается судомъ, что если она имѣетъ какія либо возраженія, то она должна предъ-

явить таковыя въ судъ, отъ котораго исходитъ предписаніе въ восьмидневный срокъ. въ противномъ случаѣ, въ силу заявленія послѣдуетъ принужденіе объ обратной выдачѣ или о пріемѣ вещи. При своевременномъ предъявленіи возраженій судомъ назначается срокъ разбирательства дѣла и послѣ разбирательства судъ постановляетъ рѣшеніе относительно уважительности или неуважительности заявленія со всѣми связанными съ этимъ послѣдствіями. Срокъ на апеляціонное обжалованіе составляетъ 8 дней, апеляціонная жалоба разрѣшается безъ состязанія. Ни кассація, ни пересмотръ рѣшенія не допускаются.

Указанный порядокъ не примѣняется по дѣламъ объ арендѣ.

d) Производство по дѣламъ брачнымъ. Оно тѣсно связано съ венгерскимъ брачнымъ закономъ (Законъ XXXI, 1894 г.) ближайшее разсмотрѣніе котораго не входитъ въ нашу задачу. Главною особенностью этого вида судопроизводства является участіе прокуратуры. Въ брачномъ процессѣ прокуроръ принимаетъ участіе и въ томъ случаѣ, когда по закону онъ не является стороною. Ему предоставляется право обозрѣвать акты и обжаловать рѣшеніе. Нужно отмѣтить, что по дѣламъ о расторженіи брака и о разлученіи супруговъ разбирательству должна предшествовать попытка соглашенія. Если попытка окажется неудачною, то начинается подготовительное разбирательство возлагаемое на отраженнаго судію. Цѣль этого разбирательства выясненіе обстоятельствъ и собраніе доказательствъ. Въ силу самой природы брачныхъ дѣлъ, въ которыхъ замѣшанъ публичный интересъ, по этимъ дѣламъ стороны не могутъ столь свободно распоряжаться процессуальнымъ матеріаломъ, какъ въ другихъ дѣлахъ. Въ брачныхъ дѣлахъ дѣйствуетъ принципъ слѣдственный, онъ всецѣло примѣняется въ процессѣ о дѣйствительности брака, въ которыхъ судія обязанъ принимать въ соображеніе всѣ обстоятельства и доводы, имѣющіе значеніе для оцѣнки основаній, приведенныхъ сторонами въ подкрѣпленіе предъявленнаго требованія.

Въ этихъ дѣлахъ неявка, просрочка, признаніе не имѣютъ установленныхъ въ законѣ для процессовъ по остальнымъ дѣламъ послѣдствій. Доказательная сила судебнаго признанія установляется судомъ послѣ тщательной оцѣнки всего процессуальнаго матеріала. Стороны не могутъ отказываться отъ

допроса подъ присягою свидѣтелей экспертовъ и противной стороны.

Тѣ же начала, хотя и подлежатъ соблюденію и въ дѣлахъ о расторженіи браковъ и о разлученіи супруговъ, но лишь по стольку, по скольку это нужно для оставленія брака въ силѣ, такъ какъ въ этихъ процессахъ имѣется наибольшая опасность допущенія всякаго рода уловокъ по взаимному согласію сторонъ.

На одинаковыхъ съ брачнымъ процессомъ основаніяхъ построенъ и процессъ о законности рожденія, равнымъ образомъ, какъ и процессъ о продленіи несовершеннолѣтія, о наложеніи опеки и лишеніи родительской власти.

Въ числѣ особенныхъ производствъ венгерскій уставъ упоминаетъ и о производствѣ по объявленію лица умершимъ. Здѣсь излагаются не только правила процессуальныя, но и правила матеріально-правовыя объ условіяхъ объявленія лица умершимъ и о его послѣдствіяхъ.

Въ заключеніе въ законѣ изложены правила договора о третейскомъ судѣ и правила третейскаго разбирательства.

Вацлавъ Гора.
Проф. чешскаго университета въ Прагѣ.

Критика.

Солнцевъ, С. И. Заработная плата какъ проблема распредѣленія. 1911, ц. 3 р. 50 к.

С. И. Солнцева «Заработная плата, какъ проблема распредѣленія», состоитъ изъ десяти главъ, изъ которыхъ въ первыхъ семи главахъ разсматриваетъ проблему заработной платы съ теоретической стороны, а въ трехъ послѣднихъ главахъ дѣлаетъ попытку статистическимъ путемъ провѣрить и подтвердить свои теоретическіе выводы. Въ предисловіи авторъ указываетъ, что онъ приступалъ къ своему изслѣдованію, будучи сторонникомъ теоріи средствъ существованія, приблизительно въ томъ смыслѣ, какъ эта теорія была формулирована Лассалемъ въ его знаменитомъ такъ называемомъ «желѣзномъ» законѣ заработной платы, но дальнѣйшее углубленіе въ проблему распредѣленія заставило автора кореннымъ образомъ измѣнить свои взгляды. А именно, авторъ пришелъ къ заключенію, что, вопреки его прежнему мнѣнію, которое является, вмѣстѣ съ тѣмъ, общимъ мнѣніемъ въ современной экономической литературѣ, «въ школѣ Маркса, въ которой сосредоточилась по преимуществу теорія научнаго соціализма, центромъ экономическаго ученія о заработной платѣ является отнюдь не теорія средствъ существованія, что послѣдняя по существу своему даже чужда всей экономической системѣ Маркса». Автору, по его словамъ, «пришлось, наоборотъ убѣдиться, что въ проблемѣ заработной платы научную мысль соціализма, начиная съ болѣе раннихъ его представителей въ Англіи, занимала болѣе всего идея заработной платы, какъ проблема отношеній, какъ ученіе о долѣ рабочихъ въ общественномъ доходѣ, являющейся въ результатѣ его раздѣла между классами».

Авторъ пришелъ къ выводу, что традиціонное ученіе о заработной платѣ требуетъ коренного пересмотра и что данныя для построенія новой теоріи заработной платы уже въ

достаточномъ количествѣ имѣются въ экономической литературѣ. Нужно только сгруппировать эти данныя, привести ихъ въ связь и такимъ образомъ выяснить сущность этихъ пока не вполнѣ удачныхъ попытокъ. Задачу своей книги авторъ усматриваетъ въ томъ, чтобы намѣтить самые общіе пункты новой теоріи, дать «общій очеркъ того направленія, въ которомъ слѣдуетъ развивать распредѣлительную проблему заработной платы» (стр. 3).

Такимъ образомъ, авторъ не претендуетъ на оригинальность въ самомъ важномъ—въ пониманіи сущности проблемы заработной платы. Онъ примыкаетъ къ уже существующему направленію въ наукѣ, но, примыкая къ нему, хочетъ сдѣлать нѣчто новое: придать законченный и логически правильный видъ этому направленію, которое, по его мнѣнію, страдаетъ значительной методологической неясностью относительно сущности проблемы заработной платы, и усовершенствовавъ, такимъ образомъ, данное ученіе, дать съ точки зрѣнія этого ученія оцѣнку другихъ теорій заработной платы, а вмѣстѣ съ тѣмъ и провѣрить эту теорію на статистическихъ данныхъ.

Задача изслѣдованія поставлена, такимъ образомъ, авторомъ совершенно ясно. Первая глава посвящена общей оцѣнкѣ ученія о заработной платѣ, кккъ части теоріи распредѣленія. Авторъ отмѣчаетъ, что огромное большинство экономистовъ даже и не сознаетъ, что въ теоріи распредѣленія передъ экономистомъ открывается нѣкоторая новая методологическая проблема. По обычному мнѣнію, строеніе заработной платы должно разсматриваться, какъ частный случай строенія цѣны. Такимъ образомъ, проблема распредѣленія совершенно исчезаетъ, подмѣняясь теоріей образованія цѣнъ;—заработная плата оказывается частнымп случаемъ обмѣна. Для виднѣйшихъ современныхъ экономическихъ теоретиковъ, какъ напр. Менгера, Бемъ-Баверка, Кларка и другихъ представителей теоріи предѣльной полезности, проблемы распредѣленія не существуетъ и ученіе о распредѣленіи входитъ въ общее ученіе о цѣнности и цѣнѣ.

И это характерно именно для новѣйшаго направленія политической экономіи. Именно школа предѣльной полезности, господствующая въ настоящее время въ экономической наукѣ, поставила себѣ задачей объяснить всѣ явленія распредѣленія, какъ частные случаи общей теоріи цѣнности.

Авторъ разбираемой книги рѣшительно выступаетъ противъ всего этого направленія и стремится рѣзко отграничить теорію распредѣленія отъ другихъ областей экономической теоріи. Онъ останавливается, прежде всего, надъ выясненіемъ самого термина распредѣленія и прослѣживаетъ исторію этого термина въ экономической наукѣ. Нерѣдко терминъ этотъ понимается экономистами, какъ нѣчто тождественное обмѣну, или же нѣчто совпадающее съ явленіями транспорта. Въ другихъ случаяхъ распредѣленіе понимается какъ нѣчто тождественное съ понятіемъ присвоенія.

И то и другое пониманіе рѣшительно отвергаются авторомъ, по мнѣнію котораго «методологическая невыясненность понятія распредѣленія въ значительной степени объясняется тѣмъ, что въ распредѣлительной проблемѣ смѣшиваются два важныхъ момента: индивидуальный и соціальный. Конструкція понятія распредѣленія и постановка проблемы распредѣленія рѣшительнымъ образомъ зависитъ отъ того, кладется ли въ основу первый моментъ или второй» (стр. 15).

Индивидуалистическія теоріи распредѣленія имѣютъ дѣло, главнымъ образомъ, со способами перехода производимыхъ цѣнностей отъ однихъ лицъ къ другимъ. Поэтому для этихъ теорій распредѣленіе совпадаетъ съ производствомъ и обмѣномъ цѣнностей; на этой точкѣ зрѣнія стоятъ всѣ представители индивидуалистической политической экономіи, начиная отъ Адама Смита и кончая современной школой предѣльной полезности.

Что касается до Маркса, то, какъ отмѣчаетъ авторъ, и у этого экономиста нельзя встрѣтить яснаго представленія о проблемѣ распредѣленія, какъ о проблемѣ sui generis. Напротивъ, для Маркса явленія распредѣленія неразрывно сливаются съ явленіями производства и обмѣна. Въ глазахъ Маркса, какъ отмѣчаетъ авторъ, идея распредѣленія, какъ самостоятельной проблемы, была дискредитирована тѣмъ, что Марксъ вообще относился враждебно къ тѣмъ направленіямъ соціализма, которыя не выдвигали на первый планъ задачи переустройства всего производственнаго базиса современнаго общественнаго строя, а считали возможнымъ улучшеніе положенія рабочаго класса на существующемъ производственномъ базисѣ путемъ болѣе справедливаго распредѣленія общественнаго дохода. Тѣмъ не менѣе авторъ полагаетъ, что именно въ трудахъ Маркса

заложены элементы совершенно иного, соціальнаго пониманія проблемы распредѣленія. «Отсюда вытекала—говоритъ С. И. Солнцевъ—та опредѣленность позиціи Маркса въ вопросахъ распредѣленія и та двойственность трактованія ихъ, какая замѣтно проглядываетъ у Маркса въ отношеніи къ распредѣлительной проблемѣ» (стр. 22). Индивидуалистическимъ теоріямъ авторъ противопоставляетъ соціальную теорію распредѣленія, сущность которой характеризуется имъ, однако, довольно неясно. Соціальная теорія говоритъ о распредѣленіи общественнаго дохода не между отдѣльными лицами, но между общественными классами. Индивидуалистическая теорія говоритъ о заработной платѣ, какъ о среднемъ доходѣ одного рабочаго. Напротивъ, для соціальной теоріи проблема распредѣленія есть проблема о распаденіи общественнаго дохода на нѣсколько долей, соотвѣтственно основнымъ общественнымъ классамъ, участвующимъ въ дѣлежѣ общественнаго дохода. «Поэтому центральнымъ пунктомъ—говоритъ авторъ—здѣсь является проблема отношеній» (стр. 24): рѣчь идетъ здѣсь не о среднихъ размѣрахъ per capita, а о соціальныхъ доляхъ всей массы общественнаго дохода» (стр. 24).

«Проблема заработной платы—нѣсколько далѣе говоритъ авторъ—какъ проблема соціальнаго распредѣленія, можетъ быть формулирована въ слѣдующемъ видѣ: это есть ученіе о долѣ рабочихъ въ общественномъ доходѣ; задача такого ученія сводится къ установленію принциповъ и законовъ, опредѣляющихъ какъ относительный размѣръ доли рабочаго класса, такъ и относительное движеніе ея съ ростомъ капиталистическаго хозяйства» (стр. 37—38).

Таково содержаніе первой главы разсматриваемой книги. Болѣе сильной въ ней является критическая часть, слабыя стороны индивидуалистическихъ теорій заработной платы отмѣчены очень удачно и убѣдительно. Положительная же часть— характеристика соціальной теоріи заработной платы—гораздо слабѣе. Для автора вся сущность соціальной теоріи сводится къ тому, что соціальная теорія разсматриваетъ заработную плату не въ ея абсолютномъ размѣрѣ, а только какъ долю общественнаго дохода. Если бы дѣйствительно въ этомъ была сущность соціальной точки зрѣнія, то эта точка зрѣнія, какъ будетъ видно изъ дальнѣйшаго изложенія, отнюдь не могла бы

претендовать на реформированіе теоріи распредѣленія и была бы довольно безплоднымъ логическимъ построеніемъ.

Вторая глава озаглавлена «Соціальный дивидендъ, какъ объектъ распредѣленія». Въ этой главѣ авторъ прежде всего устанавливаетъ, что распредѣленію подвергается не весь общественный продуктъ, а лишь нѣкоторая часть его, именно общественный доходъ; средства же производства, составляющія необходимую составную часть общественнаго продукта, не являются предметомъ общественнаго раздѣла между классами. Дѣло въ томъ, что средства производства, хотя и выносятся на рынокъ въ качествѣ общественнаго продукта, но возвращаются при нормальномъ теченіи хозяйственнаго процесса (отвлекаясь отъ всякихъ кризисовъ) тому же классу, который вынесъ ихъ цѣнность на рынокъ въ видѣ изготовленнаго продукта. Соціальный дивидендъ, подлежащій общественному раздѣлу, есть чистый общественный доходъ, являющійся въ результатѣ общественнаго производства въ видѣ вновь созданныхъ и предназначенныхъ къ потребленію общественныхъ цѣнностей.

При выясненіи понятія соціальнаго дивиденда г. Солнцевъ пользуется методомъ схематическаго изображенія общественнаго хозяйства, причемъ кладетъ въ основу схемы, построенныя мною (а не схемы Маркса, какъ онъ ошибочно утверждаетъ).

Въ результатѣ своихъ схематическихъ построеній (проведенныхъ не вполнѣ правильно и вызывающихъ серьезныя возраженія—схема расширеннаго производства построена такъ, что она предполагаетъ повышеніе уровня техники при каждомъ производственномъ оборотѣ, что логически отнюдь не требуется для возможности расширеннаго производства—повидимому, авторъ не овладѣлъ методомъ построенія такихъ схемъ) г. Солнцевъ приходитъ къ совершенно правильному выводу, что соціальный дивидендъ не совпадаетъ съ реальнымъ потребительнымъ фондомъ общества, но что въ составъ соціальнаго дивиденда входитъ и та часть общественнаго дохода, которая капитализируется и идетъ на расширеніе производства.

Въ слѣдующей третьей главѣ авторъ прослѣживаетъ развитіе ученія о распредѣленіи въ экономической наукѣ. Исторія соотвѣтствующаго ученія раздѣляется авторомъ на четыре періода. Первый періодъ, связанный съ именемъ Смита, характеризуется тѣмъ, что въ области ученія о распредѣленіи

господствуютъ всецѣло индивидуалистическія идеи. Второй характеризуется появленіемъ идеи соціальнаго распредѣленія у раннихъ англійскихъ соціалистовъ и отчасти Рикардо и развитіемъ этой идеи у Маркса и его послѣдователей. Третій періодъ есть какъ бы реакція противъ второго, и проблема распредѣленія совершенно отрицается, какъ самостоятельная проблема, и ученіе о распредѣленіи сливается съ ученіемъ объ обмѣнѣ. Четвертый періодъ ознаменованъ появленіемъ уже вполнѣ сознавшей себя соціальной теоріи распредѣленія.

Особенное значеніе авторъ придаетъ ученію Рикардо о доляхъ общественнаго дохода, именно тезису, что «измѣненіе однихъ долей неибѣжно влечетъ за собой измѣненіе другихъ» (стр. 99). Этотъ тезисъ кажется автору положеніемъ огромнаго значенія, а самое трактованіе проблемы распредѣленія, какъ вопроса о соотношеніяхъ долей общественнаго дохода, единственно правильнымъ въ методологическомъ отношеніи. «Изъ всѣхъ положеній Рикардо—говоритъ авторъ—наиболѣе значительнымъ и наиболѣе теоретически сильнымъ является законъ обратной зависимости между заработной платой и прибылью. Этотъ законъ имѣлъ глубокое вліяніе на дальнѣйшее развитіе экономической теоріи» (стр. 101).

Законъ этотъ кажется г. Солнцеву положеніемъ необычайно большого значенія. Многіе, по мнѣнію г. Солнцева, пытались и пытаются оспорить этотъ законъ, но тщетно. Значеніе этого закона гораздо болѣе серьезно, чѣмъ думалъ Рикардо, такъ какъ законъ этотъ носитъ широко соціальный характеръ» (стр. 101), замѣчаетъ авторъ и «расширяетъ» рикардовскій законъ до еще болѣе глубокаго закона «обратной зависимости между заработной платой и прибавочной цѣнностью».

Съ точки зрѣнія этого ученія Рикардо авторъ даетъ критическій обзоръ весьма обширной литературы по теоріи распредѣленія, обнаруживаетъ большую начитанность и умѣнье мѣтко и содержательно характеризовать взгляды различныхъ авторовъ.

Четвертая глава посвящена критикѣ одной группы теорій распредѣленія, имѣющихъ въ настоящее время едва ли не болѣе всего сторонниковъ—именно теорій распредѣленія, примыкающихъ къ теоріи предѣльной полезности. Критика эта далеко не во всѣхъ случаяхъ можетъ считаться удачной и въ

тоже время мало оригинальна. Особенно слаба критика теоріи Визера. Авторъ не понялъ болѣе глубокаго смысла этой теоріи и усмотрѣлъ въ ней только теорію распредѣленія. Между тѣмъ, теорія Визера есть нѣчто значительно большее, чѣмъ теорія распредѣленія и, даже, это свершенно не теорія распредѣленія въ томъ смыслѣ, какъ понимаетъ распредѣленіе г. Солнцевъ. Визеръ совершенно опредѣленно указываетъ, что своей теоріей отнесенія (Zurechnungstheorie), онъ хочетъ разрѣшить не проблему распредѣленія общественнаго дохода между различными общественными классами, а вопросъ относительно отнесенія за счетъ того или иного производительнаго агента извѣстной доли цѣнности произведеннаго продукта. Въ основѣ всей конструкціи Визера лежитъ предположеніе коммунистическаго общества, въ которомъ никакого распредѣленія продукта между различными общественными классами не происходитъ по той простой причинѣ, что самыхъ классовъ нѣтъ. «Отнесеніе доли продукта на счетъ земли, капитала и труда соотвѣтственно ихъ производительному содѣйствію есть естественное правило хозяйства, имѣющее силу для всякаго хозяйства, современнаго какъ и хозяйства коммунистическаго государства. Быть можетъ—продолжаетъ Визеръ далѣе—соотвѣтствовало бы по справедливости, чтобы весь продуктъ поступалъ въ распоряженіе рабочихъ, но и въ этомъ послѣднемъ случаѣ принципъ хозяйственности требуетъ, чтобы продуктъ былъ разнесенъ за счетъ различныхъ производительныхъ источниковъ, соотвѣтственно ихъ производительности, ибо только въ этомъ случаѣ имѣется руководящее правило для комбинаціи производительныхъ средствъ въ будущемъ» (Wieser, Der natürliche Wert., стр. 93). Именно этотъ болѣе глубокій смыслъ теоріи Визера совершенно ускользаетъ отъ С. И. Солнцева, начисто отрицающаго теорію отнесенія Визера и не усматривающаго въ ней никакого положительнаго содержанія. Въ основѣ всей критики С. И. Солнцевымъ теоріи Визера лежитъ очевидное недоразумѣніе, и поэтому его иронія по адресу Визера должна, по справедливости, обратиться противъ него самого.

Точно также поверхностна и критика теоріи Кларка, имѣющая чисто формальный характеръ и совершенно не вскрывающая дѣйствительныхъ слабыхъ сторонъ ученія о распредѣленіи этого экономиста. Объ этомъ нельзя не пожалѣть, такъ какъ Кларкъ является однимъ изъ самыхъ вліятельныхъ

экономическихъ теоретиковъ новѣйшаго времени и именно за послѣднее время его идеи, которыя уже давно пользовались большимъ вліяніемъ въ Америкѣ, начинаютъ распространяться и въ Европѣ. Менгеръ, Визеръ и Бемъ-Баверкъ представляютъ собой прошлое теоріи предѣльной и полезности, между тѣмъ, какъ Кларкъ выражаетъ собой ближайшее будущее этой теоріи. И мы замѣчаемъ, что болѣе молодые ученые австрійской школы—какъ напр. Шумпетеръ—все болѣе поддаются вліянію Кларка. Въ лицѣ Кларка автору пришлось встрѣтиться съ самымъ сильнымъ и вліятельнымъ противникомъ соціальной теоріи распредѣленія, сторонникомъ которой авторъ является. И потому Кларку никакъ нельзя было отвести нѣсколькихъ страницъ поверхностной критики, какъ это сдѣлалъ авторъ.

Глава пятая посвящена изложенію и критикѣ представителей соціальной теоріи распредѣленія, къ которой примыкаетъ и самъ г. Солнцевъ. Въ этой главѣ мы находимъ интересную сводку различныхъ попытокъ объяснить явленія распредѣленія на основѣ борьбы различныхъ общественныхъ классовъ за наибольшую долю общественнаго дохода.

Довольно развитую соціальную теорію распредѣленія авторъ находитъ у Сисмонди; однако, Сисмонди не выдерживаетъ до конца этой идеи и, въ своихъ попыткахъ объяснить явленія распредѣленія, возвращается къ старой индивидуалистической теоріи Смита.

Солнцевъ совершенно справедливо находитъ, что принципъ соотношенія соціальныхъ силъ, какъ опредѣляющаго момента распредѣленія общественнаго дохода, самъ по себѣ значитъ еще очень немного. Очень многіе экономисты признавали этотъ принципъ, будучи сторонниками индивидуалистической теоріи распредѣленія. Если видѣть осуществленіе этого принципа въ борьбѣ покупателей и продавцевъ на рынкѣ, то все содержаніе соціальной теоріи распредѣленія исчезаетъ и она оказывается тождественной съ индивидуалистической теоріей, усматривающей въ явленіяхъ распредѣленія общественнаго дохода одинъ изъ частныхъ случаевъ образованія цѣны. Борьба конкурентовъ на рынкѣ есть, однако, нѣчто принципіально иное, чѣмъ классовая борьба, совершающаяся за предѣлами рынка. И потому Солнцевъ вполнѣ правъ, не признавая выразителями соціальной точки зрѣнія всѣхъ тѣхъ, кто смѣшиваетъ борьбу на рынкѣ съ соціальной борьбой за предѣлами рынка.

Въ этой же главѣ Солнцевъ излагаетъ и критикуетъ и мои взгляды. Относясь вообще благопріятно къ теоріи распредѣленія, изложенной мною въ моемъ курсѣ политической экономіи, Солнцевъ упрекаетъ меня, однако, въ томъ, что я не выдерживаю до конца своей собственной точки зрѣнія, «Проблема долей и отношеній въ соціальной теоріи Туганъ-Барановскаго—говоритъ Солнцевъ—опредѣленно намѣчена, но какъ распредѣлительная проблема она не доведена до конца, не выдержана въ строгой послѣдовательности и не рѣзко отдѣлена отъ индивидуалистическихъ элементовъ теорій» (стр. 223). А именно, я различаю два основныхъ фактора, опредѣляющихъ заработную плату—производительность общественнаго труда и соціальную силу рабочаго класса. По мнѣнію Солнцева, признавая значеніе производительности труда, какъ самостоятельнаго фактора, вліяющаго на заработную плату, я схожу съ почвы соціальной теоріи распредѣленія, ибо «проблема распредѣленія, по своей сущности, не въ томъ, какъ великъ соціальный дивидендъ, подлежающій распредѣленію, а какъ распредѣляется соціальный дивидендъ, т. е. въ какихъ отношеніяхъ, на какія доли и какъ, далѣе, измѣняются эти отношенія въ движеніи общественнаго хозяйства, въ историческомъ прогрессѣ общества» (стр. 222).

Съ точки зрѣнія Солнцева, для теоріи заработной платы совершенно несущественно, какъ велика реальная плата, получаемая рабочимъ; важно лишь то, каково соотношеніе доли общественнаго дохода, получаемой рабочимъ классомъ и другими общественными классами. Что же сверхъ того, то отъ лукаваго—въ данномъ случаѣ, отъ индивидуалистической теоріи. Въ этомъ сведеніи всей проблемы распредѣленія къ вопросу только о доляхъ общественнаго дохода, получаемыхъ различными общественными классами, при совершенномъ игнорированіи вопроса объ абсолютныхъ размѣрахъ общественныхъ доходовъ того и другого рода, и заключается собственная идея Солнцева, съ которой онъ разсматриваетъ и критикуетъ различныя теоріи распредѣленія. Въ дальнѣйшемъ изложеніи я дамъ оцѣнку этой идеи, развитію и обоснованію которой у Солнцева посвящена особая глава.

Въ двухъ слѣдующихъ главахъ авторъ излагаетъ теоріи распредѣленія различныхъ соціалистовъ, у которыхъ онъ находитъ трактованіе проблемы распредѣленія, какъ проблемы

отношенія долей общественнаго дохода. Методологически наиболѣе правильное развитіе этой идеи онъ находитъ у Карла Маркса. «Въ положеніяхъ Маркса — говоритъ авторъ — дана основа и важнѣйшіе элементы всего ученія о распредѣленіи, какъ проблемѣ отношеній, а вмѣстѣ съ тѣмъ и о заработной платѣ, какъ распредѣлительной категоріи, т. е. какъ ученія о долѣ рабочихъ въ общественномъ доходѣ. Опираясь на эти положенія Маркса, развитыя имъ въ «Капиталѣ» въ связи, главнымъ образомъ, съ вопросомъ объ общемъ законѣ капиталистическаго накопленія, въ нижеслѣдующемъ мы дѣлаемъ попытку теоретическаго построенія послѣдней проблемы т. е. ученія о долѣ рабочихъ въ общественномъ доходѣ» (стр. 312).

Ученіе Маркса о заработной платѣ можетъ быть сведено, говоритъ Солнцевъ, къ слѣдующимъ основнымъ моментамъ.

Авторъ не отрицаетъ, что для Маркса заработная плата подлежитъ общему закону цѣнности, согласно которому цѣнность опредѣляется трудомъ производства—въ данномъ случаѣ цѣнность рабочей силы опредѣляется цѣнностью необходимыхъ средствъ рабочаго существованія. Однако, Марксъ признаетъ измѣнчивость уровня жизни рабочаго класса въ зависимости отъ его культурныхъ потребностей. «Но если средства существованія рабочаго—продолжаетъ авторъ,— его соціальный уровень—величина перемѣнная и зависимая, то она не можетъ въ послѣднемъ счетѣ опредѣлять собою и заработную плату. Этотъ выводъ напрашивается самъ собою. И дѣйствительно, *Марксъ* ищетъ дальнѣйшаго анализа въ измѣненіяхъ заработной платы, сводя, такимъ образомъ, принципъ средствъ существованія на второстепенную роль. Идея средствъ существованія служитъ у *Маркса* лишь, главнымъ образомъ, болѣе конкретной формой выраженія понятія заработной платы, подчеркивая, что заработная плата, по своей экономической сущности, всецѣло исчерпывается содержаніемъ и возстановленіемъ силъ рабочаго, что она идетъ на рабочаго безъ остатка, не допуская ни сбереженій, ни накопленій, ни превращеній въ капиталъ. Это—лишь голыя средства существованія, держащія рабочаго всегда на границѣ удовлетворенности. Но если цѣнность необходимыхъ средствъ существованія, а значитъ и цѣнность рабочей доли въ доходѣ—величина перемѣнная, зависимая, то гдѣ же искать этой зависимости? Не можетъ ли раскрыться истинный характеръ заработной платы, если пони-

мать ее именно какъ относительную величину, тѣсно связанную со всѣми остальными элементами производства? Не раскроется ли истинный характеръ измѣненія заработной платы, если анализировать всѣ ея измѣненія въ связи съ измѣненіями остальныхъ элементовъ? Не заключается ли въ идеѣ отношеній проблема, которая единственно въ состояніи раскрыть сущность соціальнаго вопроса, въ связи съ заработной платой»? (стр. 310).

Я позволилъ себѣ сдѣлать столь обширную выписку изъ разбираемой работы потому, что она имѣетъ существенное значеніе для характеристики взглядовъ автора. Какъ онъ самъ признаетъ въ предисловіи, онъ успѣлъ за короткое время самымъ существеннымъ образомъ измѣнить свои взгляды на теорію заработной платы. Въ первой своей книгѣ, посвященной рабочимъ бюджетамъ, Солнцевъ всецѣло стоялъ на почвѣ теоріи средствъ существованія и горячо защищалъ теорію Маркса. Въ настоящей книгѣ Солнцевъ, какъ онъ самъ выражается, «радикальнѣйшимъ образомъ» (стр. 1) измѣнилъ свою точку зрѣнія и все же такъ же горячо защищаетъ взгляды Маркса о заработной платѣ.

Перемѣну своихъ взглядовъ авторъ приписываетъ появленію новой соціальной теоріи распредѣленія, которую онъ связываетъ съ именами Штольцмана и моимъ. Противъ этого, съ моей точки зрѣнія, возразить нечего. Но не можетъ не вызвать недоумѣнія, что не только собственные взгляды автора измѣнились столь радикально, но и въ воззрѣніяхъ его на сущность теоріи Маркса произошелъ столь же коренной переворотъ. То, что два—три года тому назадъ авторъ признавалъ теоріей Маркса, теперь оказывается не имѣющимъ ничего общаго съ истинной теоріей Маркса. Оказывается, что Марксъ стоялъ очень близко къ той новой теоріи распредѣленія, которая произвела столь сильное впечатлѣніе на Солнцева.

Въ дѣйствительности, Марксъ несомнѣнно стоитъ на почвѣ теоріи средствъ существованія, какъ совершенно правильно утверждалъ въ прежнее время Солнцевъ. И если авторъ отказался въ настоящее время отъ своего прежняго пониманія Маркса, то это лишь потому, что Солнцевъ во что бы то ни стало хочетъ приписывать Марксу новые взгляды по мѣрѣ того, какъ мѣняются его собственные.

Въ этомъ смыслѣ приведенная выше цитата изъ книги Солнцева чреэвычайно характерна. Авторъ начинаетъ съ признанія, что Марксъ стоитъ на почвѣ теоріи средствъ существованія. Однако, въ дальнѣйшемъ изложеніи оказывается, что Марксъ не стоитъ на почвѣ теоріи средствъ существованія. Достигается это путемъ постепеннаго ослабленія утвержденій Маркса и замѣной ихъ собственными соображеніями Солнцева и рядомъ вопросовъ, которые съ необходимостью должны привести Маркса къ той теоріи распредѣленія, которую теперь усвоилъ Солнцевъ. Однако, какъ бы ни была малосостоятельна теорія средствъ существованія (съ чѣмъ я вполнѣ согласенъ) и какъ бы ни была убѣдительна аргументація Солнцева, всѣхъ этихъ вопросовъ самъ Марксъ никогда не ставилъ и съ аргументаціей Солнцева ему считаться не приходилось. И потому, какъ бы ни была очевидна слабость теоріи средствъ существованія, все же это, несомнѣнно, теорія Маркса, а новая соціальная теорія распредѣленія, усвоенная Солнцевымъ, не является теоріей Маркса.

Авторъ всячески избѣгаетъ этого признанія. Однако, такая тактика совершенно безцѣльна—марксисты не настолько наивны, чтобы послѣдовать за Солнцевымъ и повѣрить ему, что то, что всегда считалось истиннымъ ученіемъ Маркса, перестало быть таковымъ послѣ того, какъ Солнцевъ познакомился съ новой теоріей распредѣленія, побудившаго измѣнить свои взгляды.

Въ приведенной цитатѣ обращаетъ на себя вниманіе и странное представленіе Солнцева о размѣрахъ заработной платы. Авторъ усматриваетъ сильную сторону ученія Маркса въ томъ, что заработная плата, согласно взглядамъ этого экономиста, «идетъ на рабочаго безъ остатка, не допуская ни сбереженій, ни накопленій, ни превращенія въ капиталъ». Авторъ, очевидно, забылъ, что современный рабочій дѣлаетъ сбереженія и что существованіе такихъ учрежденій, какъ сберегательныя кассы, основано на мелкихъ сбереженіяхъ. Въ странахъ съ развитымъ капиталистическимъ хозяйствомъ всякій заурядный фабричный рабочій имѣетъ сбереженія въ сберегательныхъ кассахъ, и рабочіе, не имѣющіе сбереженій, не только не составляютъ общаго правила, какъ думаетъ нашъ авторъ, но, напротивъ, рѣдкое исключеніе.

До сихъ поръ мы имѣли дѣло съ критической частью разсматриваемой книги. Съ главы восьмой начинается положительная часть, въ которой авторъ пытается самостоятельно формулировать принципы раздѣляемой имъ соціальной теоріи распредѣленія.

Прежде всего, въ главѣ восьмой, формулируется «законъ обратной зависимости между долями общественнаго дохода». Закону этому Солнцевъ придаетъ чрезвычайное значеніе и, повидимому, не напрасно. Вѣдь политическая экономія не можетъ похвалиться обиліемъ точныхъ законовъ. Въ данномъ же случаѣ передъ нами такой законъ, который, какъ на этомъ настаиваетъ Солнцевъ, не знаетъ никакихъ исключеній и справедливъ во всѣ времена и во всякой странѣ. Какъ же не дорожить открытіемъ такого важнаго закона!

Нужно быть справедливымъ и признать, что въ данномъ случаѣ Солнцевъ обнаруживаетъ большую скромность, перечисляя длинный рядъ своихъ предшественниковъ въ открытіи этого закона, ведущаго свое начало, по изысканіямъ автора, отъ англійскаго соціалиста Холла, не вполнѣ ясно формулированнаго Рикардо и признаннаго въ своемъ колоссальномъ значеніи впервые Солнцевымъ.

Заслугу свою Солнцевъ усматриваетъ въ томъ, что онъ ясно формулировалъ содержаніе этого закона, сводящагося къ слѣдующему: если мы разобьемъ весь общественный доходъ на двѣ части, заработанные и не заработанные доходы, то доля заработаннаго дохода въ общей суммѣ общественнаго дохода будетъ тѣмъ больше, чѣмъ меньше доля незаработаннаго дохода. Въ этомъ тезисѣ и заключается наиболѣе глубокое содержаніе того, что Солнцевъ именуетъ соціальной теоріей распредѣленія.

Такова центральная идея всей разсматриваемой книги. Овладѣвши этой идеей, Солнцевъ почувствовалъ, что въ его рукахъ аріаднина нить для благополучнаго выхода изъ запутаннаго лабиринта экономическихъ теорій. Онъ нащупалъ основной законъ распредѣленія, который не знаетъ никакихъ исключеній, и не могъ не почувствовать научнаго удовлетворенія, достигнувъ такихъ крупныхъ результатовъ.

На самомъ же дѣлѣ, съ Солнцевымъ произошло странное недоразумѣніе. То, что онъ провозгласилъ основнымъ закономъ распредѣленія, дѣйствительно, есть законъ, но не распре-

дѣленія, а математики. Законъ Солнцева совершенно совпадаетъ по своему содержанію съ математической истиной, что отношенія А къ Б и Б къ А имѣютъ обратный характеръ.

Такихъ экономическихъ законовъ можно формулировать сколько угодно и всѣ они будутъ обладать одинаково незыблемымъ характеромъ. Чѣмъ отличается отъ закона Солнцева напр. такой законъ: доля Россіи въ торговомъ обмѣнѣ съ Германіей измѣняется въ обратномъ отношеніи къ долѣ Германіи въ торговомъ обмѣнѣ съ Россіей? Конечно, доли трудовыхъ и не трудовыхъ доходовъ въ общей суммѣ общественнаго дохода измѣняются въ обратномъ отношеніи. Кто въ этомъ сомнѣвался и какъ можно въ этомъ сомнѣваться, когда это также ясно, какъ дважды два четыре?

И потому Солнцевъ слишкомъ остороженъ, насчитывая нѣсколько десятковъ экономистовъ, признававшихъ этотъ законъ и съ большимъ трудомъ находя перваго автора его. Никогда не было экономиста, не признававшаго этого закона, и если только очень немногіе экономисты (точнѣе говоря, только одинъ Солнцевъ) открыто высказывались въ пользу этого закона, то не по несогласію съ нимъ, а въ силу его полной очевидности и потому безсодержательности

Въ числѣ авторовъ, оспаривавшихъ этотъ законъ, Солнцевъ приводитъ и меня. Но, конечно, мнѣ въ голову не приходило оспаривать «законъ» Солнцева. Спорилъ же я совершенно съ инымъ ученіемъ Рикардо, которое вовсе не сводится къ простой тавтологіи г. Солнцева, а имѣетъ опредѣленное экономическое содержаніе.

Рикардо утверждалъ, что единственной причиной повышенія или пониженія прибыли можетъ быть пониженіе или повышеніе заработной платы. Говоря это, онъ разумѣлъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ абсолютные размѣры прибыли, въ другихъ случаяхъ—и обычно—процентъ прибыли, т. е., отношеніе прибыли не къ заработной платѣ, какъ думаетъ Солнцевъ, а къ затраченному капиталу. Вотъ съ этимъ я, дѣйствительно, спорилъ, находя, что повышеніе или пониженіе процента прибыли можетъ происходить и независимо отъ пониженія или повышенія заработной платы. Но съ такой формулировкой рикардовскаго закона, которую далъ Солнцевъ, я конечно, спорить не буду. И, конечно, не я буду возражать противъ убѣдительности аргументаціи Солнцева, доказывающаго, что

«ростъ отношенiяя или доли въ суммѣ одной части или одного слагаемаго обратно пропорцiоналенъ паденiю доли въ той же суммѣ другой части» (стр. 320).

Итакъ, открытый авторомъ разбираемой книги новый экономическiй законъ не что иное, какъ сплошное недоразумѣнiе. При всемъ томъ, разсмотрѣнiе заработной платы и прибыли, какъ долей общественнаго дохода, методологически можетъ имѣть большое значенiе. Но только цѣлью такого разсмотрѣнiя должно быть отнюдь не установленiе зависимости между той и другой долей (которая очевидна сама по себѣ), а выясненiе реальнаго роста или паденiя той или другой доли подъ влiянiемъ тѣхъ или иныхъ факторовъ. Послѣднiй вопросъ представляетъ большой научный интересъ, и вотъ почему, не смотря на полную неудачу автора въ его попыткѣ формулировать центральную идею социальной теорiи распредѣленiя, работа его, въ которой онъ разсматриваетъ явленiя распредѣленiя съ точки зрѣнiя долей общественнаго дохода, имѣетъ несомнѣнное научное значенiе.

Не довольствуясь теоретическимъ разсмотрѣнiемъ проблемы распредѣленiя г. Солнцевъ дѣлаетъ попытку анализа этой проблемы и статистическимъ путемъ.

Двѣ послѣднiя главы разбираемой книги посвящены статистическому подтвержденiю «закона паденiя доли рабочихъ въ общественномъ доходѣ». Я лично считаю весьма вѣроятнымъ, что доля рабочихъ въ общественномъ доходѣ во многихъ случаяхъ дѣйствительно падаетъ, и высказывался въ этомъ смыслѣ въ своихъ «Основахъ политической экономiи». Однако отъ признанiя возможности такого паденiя еще весьма далеко до формулированiя «закона» паденiя. Но С. И. Солнцевъ, поощренный успѣхомъ открытаго имъ закона обратной зависимостью слагаемыхъ въ суммѣ, разсыпаетъ свои законы щедрой рукой.

Законъ этотъ устанавливается С. И. Солнцевымъ слѣдующимъ образомъ. Онъ беретъ извѣстную таблицу англiйскаго статистика Боули, цитированную и въ моихъ «Основахъ политической экономiи», относящуюся къ измѣненiю различныхъ долей общественнаго дохода въ Соединенномъ Королевствѣ за 1860—1891 г. и, такъ какъ по даннымъ Боули слѣдуетъ, что доля рабочихъ въ общественномъ доходѣ понизилась, то отсюда Солнцевъ заключаетъ, что таковъ неизмѣнный законъ движенiя заработной платы.

Кромѣ данныхъ Боули авторъ приводитъ также и данныя другихъ англійскихъ статистиковъ, приходящихъ, въ общемъ, къ такимъ же результатамъ, какъ и Боули.

Авторъ довольно подробно разсматриваетъ аналогичныя попытки различныхъ изслѣдователей опредѣлить измѣненіе различныхъ элементовъ общественнаго дохода въ другихъ странахъ и приходитъ къ совершенно правильному заключенію, что по отсутствію требуемыхъ данныхъ ничего опредѣленнаго относительно интересующаго его вопроса статистика другихъ странъ, кромѣ Англіи, дать не можетъ.

Такимъ образомъ, единственнымъ основаніемъ всего закона Солнцева остается англійская статистика доходовъ. Но если бы даже въ Англіи за нѣсколько десятилѣтій и наблюдалось паденіе доли заработной платы, можно ли отсюда заключить, что это является закономъ для всякой капиталистической страны? Авторъ забываетъ, что Англія является страной, въ которой капиталистическіе доходы особенно велики. Англійскій капиталъ эксплоатируетъ не только рабочихъ своей страны, но и другія страны, являющіяся данниками англійскаго капитала. Достаточно вспомнить, какую большую долю англійскаго общественнаго дохода составляютъ все растущіе доходы, собираемые англійскими капиталистами съ англійскаго же капитала, помѣщеннаго заграницей. Нѣтъ ничего невозможнаго, что именно ростомъ этихъ доходовъ и объясняется относительное повышеніе доли нетрудовыхъ доходовъ въ англійскомъ общественномъ доходѣ. А если такъ, то можно допустить, что въ другихъ капиталистическихъ странахъ, которыя не являются въ такой мѣрѣ, какъ Англія, всемірнымъ банкиромъ, доля рабочаго класса въ общественномъ доходѣ и не обнаружитъ паденія.

Во всякомъ случаѣ, никакихъ основаній для формулированія общаго закона въ данномъ случаѣ не имѣется. Намъ остается только удивляться, что въ заключительныхъ строкахъ своей книги авторъ забываетъ о своемъ собственномъ признаніи недостаточности статистическихъ данныхъ для выясненія движенія общественныхъ доходовъ въ различныхъ странахъ и рѣшается утверждать, что «подтверждаемый со всѣхъ сторонъ законъ паденія доли рабочихъ въ общественномъ доходѣ является важнѣйшимъ элементомъ въ ученіи о долѣ рабочихъ» (стр. 552).

Подводя итогъ сказанному, я долженъ признать книгу Солнцева трудомъ несомнѣнной научной цѣнности. Хотя автору не вполнѣ удаются его попытки внести нѣчто новое въ разработку теоріи заработной платы, но его книга очень сильна въ своей критической части и свидѣтельствуетъ о знакомствѣ съ огромной литературой, съ которой онъ умѣетъ обращаться. Его характеристика слабыхъ и сильныхъ сторонъ взглядовъ различныхъ разбираемыхъ имъ авторовъ нерѣдко (хотя далеко не всегда) мѣтки, убѣдительны и остроумны.

М. Туганъ-Барановскій.

Фалѣевъ, Н. И. Лѣсное право. I. Лѣсная собственность. II. Лѣсныя нарушенія. Москва, 1912, VI+358 стр., ц. 2 руб.

Вопросы лѣсного права являются одними изъ самыхъ неразработанныхъ и вмѣстѣ съ тѣмъ самыхъ серьезныхъ для экономическаго и частно-правового быта Россіи. Россія превосходитъ почти всѣ государства своими лѣсными богатствами и снабжаетъ лѣсомъ Европу; для многихъ районовъ, равныхъ по территоріи европейскимъ государствамъ, лѣсъ является главнымъ средствомъ существованія. Но въ то же время, вѣроятно, нигдѣ нѣтъ такихъ разнообразныхъ и запутанныхъ поземельныхъ, въ особенности же лѣсовладѣльческихъ, отношеній, какъ въ Россіи. Для науки гражданскаго права лѣсныя отношенія— область, совершенно чуждая: въ курсахъ и учебникахъ гражданскаго права о лѣсахъ говорится вскользь лишь при изложеніи отдѣловъ—объ ограниченіяхъ права собственности и о сервитутахъ. Понятно, что всякая попытка научной обработки этого нетронутаго матеріала вызываетъ большой интересъ.

Изложеніе «Лѣсного гражданскаго [1]) права» г. Фалѣева распадается на 7 главъ. Въ первой главѣ (стр. 1—7), посвященной ученію объ *объектѣ* лѣсного права, устанавливаются слѣдующія положенія: лѣсъ на корню относится къ недвижимости; лѣсъ и связанное съ нимъ право пользованій—принад-

[1]) Вторую часть книги (Лѣсное уголовное право) мы не разбираемъ за некомпетентностью.

лежность участка земли; съ момента фактическаго отдѣленія лѣсъ становится самостоятельнымъ движимымъ имуществомъ.

Вторая глава (7—37) трактуетъ о *субъектахъ* лѣсного права. Указавъ на физическихъ и юридическихъ лицъ, какъ на собственниковъ лѣса, авторъ излагаетъ «исторію собственности на лѣса», дѣля ее на 3 періода. Первый періодъ—эпоха натуральнаго лѣсного хозяйства, характеризующаяся отсутствіемъ юридической регламентаціи. Второй періодъ—выработка правовыхъ нормъ, упроченіе теоріи лѣсного суверенитета, приводящаго къ мелочной опекѣ лѣсовладѣльцевъ. Наше время—начало 3-го періода, устанавливающаго равновѣсія между частной собственностью на лѣсъ и интересами общества. Давъ историческій очеркъ, авторъ характеризуетъ роль государства въ лѣсной политикѣ, анализируетъ, затѣмъ, понятіе права собственности на лѣсъ, подчеркивая значеніе ограниченій этого права въ данной области, и заканчиваетъ классификаціей лѣсовъ.

Третья глава (37—92) посвящена *государственнымъ лѣсамъ*, раздѣляющимся на собственно казенные и предоставленные разнымъ учрежденіямъ. Органами казны являются лѣсное управленіе и другія вѣдомства. Какъ субъектъ права собственности, казна почти ничѣмъ не отличается отъ частныхъ собственниковъ. Анализъ самаго понятія государственной лѣсной собствеиности приводитъ къ двумъ опредѣленіямъ. Со стороны объема это право опредѣляется отрицательно: государственные лѣса это—не состоящіе въ обладаніи частныхъ собственниковъ. Со стороны же содержанія это право включаетъ въ себя обычные элементы, видоизмѣняя лишь владѣніе въ верховное обладаніе. Къ государству отходятъ лѣса выморочные и безхозяйные. Осуществляя свое право собственности, государство должно руководиться общественными интересами. Русское законодательство, къ сожалѣнію, этихъ цѣлей не устанавливаетъ. Отчужденіе государственныхъ лѣсовъ въ Россіи допускается, напр. нуждающемуся сельскому населенію, далѣе, въ интересахъ желѣзныхъ дорогъ. Какъ лѣсной собственникъ, казна теперь почти совершенно уравнена съ частными собственниками, что доказывается цѣлымъ рядомъ отдѣльныхъ положеній лѣсного права.

Четвертая глава (79—92) разсматриваетъ *казенные лѣса «особаго предназначенія»*—военные, лѣса казенныхъ имѣній, за-

водскіе, монастырскіе, донадѣльные, городскіе—и пытается установить смыслъ исторически сложившагося дѣленія лѣсовъ на приписанные и отведенные. Въ пятой главѣ (92—99) дается характеристика юридическаго положенія *частныхъ* лѣсовъ, главнымъ образомъ стѣсненій, налагаемыхъ государственной властью на лѣсныхъ собственниковъ. Шестая глава (100—113) *классифицируетъ* частные лѣса на казачьи, духовные поіезуитскіе, ленные (къ которымъ подходятъ лѣса въ «конфискованныхъ имѣніяхъ» и «маіоратскіе») и удѣльные.

Въ послѣдней, седьмой главѣ говорится объ *ограниченіяхъ собственности* на лѣсъ. Эта глава (113—263) распадается на рядъ отдѣловъ.

Вначалѣ излагаются ограниченія, которыя терпитъ собственникъ общаго съ казною лѣса, ограниченія собственниковъ надѣльныхъ лѣсовъ, и наконецъ—такъ наз. спорныхъ лѣсовъ. Подъ рубрику ограниченій права собственности авторъ подводитъ и *лѣсные сервитуты*. Изложивъ ученіе о сервитутахъ вообще, о лѣсныхъ сервитутахъ въ частности, онъ переходитъ далѣе къ лѣснымъ сервитутамъ въ Россіи, разсматриваетъ ихъ исторію, современное состояніе, отрицательныя стороны, попытки законодателя къ уничтоженію сервитутовъ, и заканчиваетъ отдѣлъ оригинальнымъ русскимъ сервитутомъ—на «побочныя пользованія».

Отъ сервитутовъ авторъ обращается къ ограниченіямъ, которыя вызываются лѣсоохранительной политикой. Вначалѣ рѣчь идетъ о *защитныхъ лѣсахъ*: выясняется смыслъ института, указывается на желательность перехода этихъ лѣсовъ въ собственность государства, попутно обрисовывается процедура экспропріаціи лѣсовъ и критикуется теорія экспропріаціи, излагается исторія защитныхъ лѣсовъ въ Европѣ и у насъ, выясняется роль государства «въ дѣлѣ культивированія защитныхъ лѣсовъ», затрагивается вопросъ о территоріальныхъ предѣлахъ защитныхъ лѣсовъ. Затѣмъ, авторъ переходитъ къ частно-правовой сторонѣ дѣла, выясняя принципіальную точку зрѣнія на ограниченія права лѣсной собственности, описываетъ «защитный процессъ», т. е. процедуру объявленія лѣса защитнымъ, и перечисляетъ результаты такого объявленія: веденіе хозяйства въ защитномъ лѣсу и послѣдствія нарушенія собственникомъ защитныхъ законовъ. Въ заключеніе дается характеристика регламентаціи водоохранныхъ лѣсовъ и указы-

ваются преимущества, предоставленныя владѣльцамъ защитныхъ лѣсовъ.

Отъ лѣсовъ защитныхъ авторъ переходитъ къ «*незащитнымъ*» и къ тѣмъ ограниченіямъ ихъ владѣльцевъ, какія установлены лѣсоохранительными законами. Тутъ онъ даетъ вначалѣ общій взглядъ на лѣсоохранительную политику, излагаетъ и критикуетъ нормы, регулирующія расчистку лѣса, рубку его, пастьбу скота, планы лѣсного хозяйства, и, наконецъ, подводитъ итоги лѣсоохранительному закону.

Таково содержаніе книги. По поводу ея нужно сказать, прежде всего, что значительная часть матеріала изложеннаго въ ней, относится не къ гражданскому, а къ административному и финансовому праву. Правда, для выясненія смысла цивильноправовыхъ нормъ и институтовъ, приходится дѣлать экскурсы въ эти науки, но нельзя это дѣлать въ такихъ размѣрахъ, какъ дѣлаетъ г. Фалѣевъ.

Собственно гражданско-правой матеріалъ книги сводится, въ сущности, къ пересказу законоположеній, относящихся къ лѣсу. Въ этомъ отношеніи авторъ недалеко ушелъ отъ тѣхъ учебниковъ «лѣсного законовѣдѣнія», противъ которыхъ онъ такъ возстаетъ въ предисловіи къ своей книгѣ. Авторъ много говоритъ и «отъ себя», но его разсужденія нужно отнести къ области публицистики (въ житейскомъ смыслѣ этого слова). Если же онъ гдѣ и пытается быть цивилистомъ, тамъ онъ неглубокъ и мало даетъ. Обычной у цивилистовъ постановки вопроса, анализа правового отношенія, точнаго опредѣленія, какъ данное право возникаетъ, каково его содержаніе, какъ оно прекращается,—всего этого въ книгѣ г. Фалѣева искать нельзя. Не одинъ юристъ обратится—и съ полнымъ правомъ—къ этой книгѣ, чтобы узнать, каковы, напр., права выдѣлившагося общинника на непередѣляемыя лѣсныя угодья, или каковы права горнозаводчиковъ Урала или мастеровыхъ ихъ заводовъ на пользованіе заводскими лѣсами. Но на эти и подобные вопросы онъ не найдетъ даже и намека.

Книга страдаетъ, далѣе, безсистемностью. Помимо указаннаго уже смѣшенія вопросовъ гражданско-правовыхъ съ вопросами публично-правовыми, можно указать, напр., еще на то, что вещно-правовыя институты излагаются вперемежку съ обязательственными.

Какъ это ни странно, но авторъ не всегда точенъ въ передачѣ и элементарныхъ опредѣленій гражданскаго права. Онъ, напр., пишетъ: «подъ сервитутами разумѣются вещныя права на частичное господство надъ вещью въ видѣ употребленія и пользованія плодами вещи, но безъ ея употребленія,—права, установленныя для пользы лица или другого имущества» (стр. 135). Или реальный сервитутъ опредѣляется, какъ «право употребленія и пользованія плодами вещи, не находящейся въ собственности управомоченнаго лица» (стр. 137). Если авторъ—юристъ по образованію, то какъ то неловко объяснять ему, въ чемъ тутъ дѣло.

Написана книга многословно, съ повтореніями, и въ то же время неясно. Намъ лично такъ и не удалось понять, за что же стоитъ авторъ—за свободу лѣсной собственности или за государственное вмѣшательство, а если ни за то, ни за другое, то что же онъ предлагаетъ. Изложеніе автора изобилуетъ неправильными оборотами, недосмотрами и просто курьезами. На стр. 55 есть такая фраза: «безъ капитала создаются такія условія, которыя при мало мальски неблагопріятныхъ факторахъ быстро обращаются въ пролетаріатъ». На стр. 82: «сначала ограничивались пассивной ролью древесины—сооружались искусственныя засѣки противъ нашествій непріятеля, затѣмъ расширили ее до активнаго участія древесины въ дѣлѣ морскихъ сооруженій». Подобныя фразы попадаются чуть ли не на каждой страницѣ.

Научное значеніе книги г. Фалѣева можетъ получить развѣ лишь послѣ полной переработки.

П. Кравцовъ.



